

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY120021-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister
und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. E. Iseli

Urteil vom 13. August 2012

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Unterhalt),
Kosten- und Entschädigungsfolgen**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 21. Mai 2012 (FE110001)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien stehen seit Januar 2011 vor Vorinstanz im Scheidungsverfahren (act. 1). Für den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 2 S. 2) verwiesen werden. Am 24. März 2011 stellte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchstellerin) ein Begehren um vorsorgliche Massnahmen, mit welchem sie die Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 6'000.– beantragte (act. 15 S. 2). Nachdem der Gesuchstellerin von der Vorinstanz mit Verfügung vom 11. April 2011 Frist angesetzt worden war, ihr Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen zu begründen (act. 21), stellte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 10. Mai 2011 ein modifiziertes Massnahmebegehren. Die Gesuchstellerin verlangte nun einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 9'000.–; eventualiter es sei der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan: Gesuchsteller) zu verpflichten, der Gesuchstellerin Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 3'950.– zu entrichten; subeventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (act. 28 S. 2).

2. Mit Verfügung vom 21. Mai 2012 entschied die Vorinstanz über die Begehren der Gesuchstellerin wie folgt (Urk. 2 S. 17 f.):

- "1. Das Gesuch der Gesuchstellerin auf Verpflichtung des Gesuchstellers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses wird abgewiesen.
2. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von insgesamt Fr. 3'500.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Im Mehrbetrag wird das Begehren abgewiesen.
3. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
4. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid geregelt.

5. [Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung Beschwerde]"

3. Mit Eingabe vom 4. Juni 2012 erhob der Gesuchsteller innert Frist Beschwerde gegen die Verfügung vom 21. Mai 2012 und stellte folgende Anträge (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei Ziff. 2 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster (FE110001) vom 21. Mai 2012 aufzuheben und festzustellen, dass keine Unterhaltsbeiträge geschuldet sind.
2. Es sei Ziff. 4 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster (FE110001) vom 21. Mai 2012 aufzuheben, und es seien der Beschwerdegegnerin die Kosten aufzuerlegen und dem Beschwerdeführer eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

4. Mit Verfügung vom 14. Juni 2012 wurde die Beschwerdeschrift aufgrund des Streitwerts des Eventualbegehrens auf Unterhaltsleistung als Berufung entgegengenommen und dem Gesuchsteller Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt (Urk. 5). Nachdem der Kostenvorschuss fristgerecht eingegangen war, wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 25. Juni 2012 Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 7), welche mit Eingabe vom 9. Juli 2012 einging (Urk. 8). Die Anträge lauteten wie folgt (Urk. 8 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Im Falle der Gutheissung der Berufung sei der Berufungskläger zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an die Berufungsbeklagte in Höhe von Fr. 9'000.– zu leisten [recte: zu verpflichten] oder die Vorinstanz anzuweisen, darüber zu entscheiden.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen seien zulasten des Berufungsklägers zu regeln."

5. Mit Verfügung vom 25. Juli 2012 wurde die Berufungsantwort dem Gesuchsteller zur Kenntnis zugestellt und der Schriftenwechsel damit abgeschlossen (Urk. 9).

II.

1. Hinsichtlich des für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Ehescheidungsprozess anwendbaren summarischen Verfahrens und dessen Grundsätze kann auf die zutreffende Ausführung der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 S. 3). Auf die Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren ist nachfolgend im einzelnen nur insoweit einzugehen, als dies zur Rechtsfindung notwendig erscheint.

2. Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin

2.1. Notwendigkeit vorsorglicher Massnahmen

2.1.1. Der Gesuchsteller macht geltend, er zahle der Gesuchstellerin auf Grund einer am 22. April 2008 abgeschlossenen Trennungsvereinbarung (act. 16/15) einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'800.–. Die Vorinstanz wende das Recht unrichtig an, indem sie trotz der unbestrittenen monatlichen Zahlungen des Gesuchstellers auf der Grundlage einer rechtsgültig geschlossenen Vereinbarung und trotz der Tatsache, dass die Gesuchstellerin einen Freibetrag erziele, mit dem sie auch die Prozesskosten bestreiten könne, die Notwendigkeit vorsorglicher Massnahmen bejahe (Urk. 1 S. 3).

2.1.2. Die Gesuchstellerin führt aus, vorsorgliche Massnahmen seien in zeitlicher und sachlicher Hinsicht notwendig. Da genügend Mittel vorhanden seien, habe sie Anspruch auf Aufrechterhaltung ihres während der Ehe gelebten Standards (Urk. 8 S. 2 f.).

2.1.3. Das Gericht trifft die während dem Scheidungsverfahren nötigen vorsorglichen Massnahmen (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Bestehen bereits eheschutzrichterliche Anordnungen, besteht kein Rechtsschutzinteresse an einer neuerlichen Regelung. Massnahmen, die das Eheschutzgericht angeordnet hat, dauern weiter (Art. 276 Abs. 2 ZPO). Auf Antrag kann das Scheidungsgericht diese jedoch abändern, wenn glaubhaft gemacht wird, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse seither wesentlich verändert haben oder dass sich die ursprünglichen Anordnungen

gen oder Annahmen als falsch herausgestellt haben (Dolge, DIKE-Komm-ZPO, Art. 276 N 17 f. mit weiteren Hinweisen). An eine private Trennungsvereinbarung der Parteien ist das Gericht nicht gebunden. Es kann auf Antrag eines Ehegatten gleichwohl vorsorgliche Massnahmen anordnen (Dolge, DIKE-Komm-ZPO, Art. 276 N 16). Dabei hat das Gericht die Unterhaltsleistung originär aufgrund der aktuellen Verhältnisse festzusetzen, mithin nicht wie in einem Abänderungsverfahren zu prüfen, ob sich die Verhältnisse seit Abschluss der Vereinbarung wesentlich und dauerhaft verändert haben (Maier, in: AJP 10/2007, S. 1226; ZR 1998 Nr. 55).

2.1.4. Bei der Vereinbarung der Parteien vom 22. April 2008 (act. 16/15) handelt es sich um eine private Trennungsvereinbarung. In Anwendung obiger Ausführungen sind die Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin somit originär aufgrund der aktuellen Verhältnisse festzusetzen. Es ist dabei nicht zu prüfen, ob sich die Verhältnisse seit Abschluss der Vereinbarung vom 22. April 2008 wesentlich und dauerhaft verändert haben, wie dies bei eheschutzrichterlichen Anordnungen der Fall wäre. Der Berechnung zur Ermittlung der Unterhaltsbeiträge ist ein weiterer Bedarf als zur Ermittlung des Prozesskostenvorschusses zugrunde zu legen (es kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz dazu verwiesen werden, Urk. 2 S. 4). Damit ist das Rechtsschutzinteresse an der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zu bejahen, und es sind die weiteren vom Gesuchsteller beanstandeten Punkte zu prüfen.

2.2. Hypothetisches Einkommen der Gesuchstellerin

2.2.1. Der Gesuchsteller macht geltend, es sei der Gesuchstellerin ein hypothetisches Einkommen von mindestens 80 % anzurechnen, womit keine Unterhaltspflicht bestehe. Der Gesuchstellerin sei es aufgrund ihrer Ausbildung als Dolmetscherin und als Direktionsassistentin zumutbar und möglich, ihr Pensum zu erhöhen. Sie habe sich in der Trennungsvereinbarung dazu verpflichtet. Die neu behaupteten medizinischen Einschränkungen der Gesuchstellerin seien substantiiert bestritten worden. Selbst wenn diese zutreffen würden, könnte die Gesuchstellerin mit ihrer Resterwerbsfähigkeit von 60 % genügend verdienen, um sich selbst zu versorgen (Urk. 1 S. 4 f.).

2.2.2. Die Gesuchstellerin beruft sich betreffend die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens auf ihre angeschlagene Gesundheit. Dolmetschereinkommen würden bei hundertprozentiger Tätigkeit bei ca. Fr. 5'000.– liegen. Mit ihrer gesundheitlichen Einschränkung könnte sie also kaum mehr denn als Gerichtsdolmetscherin verdienen. Zudem könne sie mit 53 Jahren und eingeschränkter Gesundheit eine Festanstellung als Dolmetscherin kaum und als Direktionsassistentin (diesen Beruf habe sie nur kurz und seit 1983 nie mehr ausgeübt) nicht realisieren. Die vom Gesuchsteller vorgenommenen Einkommensberechnungen seien realitätsfremd. Sie nehme trotz eingeschränkter Gesundheit jeden Auftrag an, sofern er zeitlich nicht mit anderen kollidiere. Bereits jetzt sei sie ca. 75 % unterwegs und zwar für die eigentliche Berufsausübung, die Wegstrecken und die unvermeidbaren Wartezeiten (Urk. 8 S. 4 ff.).

2.2.3. Nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsprozesses wird eine Rückkehr zur gemeinsam vereinbarten Aufgabenteilung weder angestrebt noch ist sie wahrscheinlich. Insoweit darf 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 537 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Zur Beurteilung, ob die Ausdehnung der Erwerbstätigkeit möglich und zumutbar ist, sind damit die Kriterien von Art. 125 ZGB (Alter, Gesundheit, berufliche Ausbildung und die Erwerbsaussichten, mutmasslicher Aufwand für die berufliche Eingliederung, Dauer der Aufgabenteilung während der Ehe, Kinderbetreuung) mit einzubeziehen. Art. 163 ZGB – wonach die Ehegatten gemeinsam und ein jeder nach seinen Kräften für den gebührenden Unterhalt der Familie sorgen – bleibt jedoch Rechtsgrund der Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten bei vorsorglichen Massnahmen (BGE 137 III 385 E. 3). Wird die Zumutbarkeit einer Ausdehnung oder Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bejaht, so wird dem Ehegatten ein hypothetisches Einkommen aufgerechnet und bei der Bemessung der Unterhaltsbeiträge berücksichtigt (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 04.63 f.).

2.2.4. Die Gesuchstellerin wird am tt.mm.2012 53 Jahre alt, im Trennungzeitpunkt war sie 48 Jahre alt (act. 16/15). Was die Aufgabenteilung während der Ehe betrifft (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB), führten die Parteien seit 1987 eine Zuverdienstehe. Die Gesuchstellerin ist als Dolmetscherin etabliert, da sie seit damals in diesem Beruf tätig ist (vgl. act. 25 S. 5 und Urk. 8 S. 4). Eine Aufstockung des Pensums ist ihr grundsätzlich auch jenseits der – für Wiedereinsteigerinnen beachtlichen – Altersgrenze von 45 Jahren (BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2) zumutbar (Urk. 8 S. 6), da eine Ausdehnung des Arbeitspensums einfacher als der Wiedereinstieg ins Berufsleben ist. Allerdings wird bei einer Zuverdienstehe von der Ehefrau bei guten wirtschaftlichen Verhältnissen nicht zwingend eine volle Erwerbstätigkeit gefordert (BSK ZGB I-Gloor/Spycher, Art. 125 N 24 mit weiteren Hinweisen).

Jedoch gilt es zu berücksichtigen, dass die Gesuchstellerin eine gesundheitliche Beeinträchtigung geltend macht (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB). Sie beruft sich dabei einerseits auf ein ärztliches Zeugnis vom 25. März 2011 von C._____, Facharzt Psychiatrie und Psychotherapie FMH, und D._____, Dipl. psych. et lic. iur., welche der Gesuchstellerin eine maximale Arbeitsfähigkeit von 60 % bescheinigen (act. 20/1). Andererseits reichte die Gesuchstellerin von Dr. med. E._____, Arzt für Allgemeine Medizin FMH, eine "Krankengeschichte" zu den Akten. Darin wird ausgeführt, dass aus hausärztlicher Sicht der Patientin vor allem auf Grund des Darmleidens und der 2009 durchgeführten Magenresektion von knapp 50 % eine Leistungseinschränkung von gegen 40 % entstehe. Zudem leide die Gesuchstellerin an Tennisellbogenbeschwerden und Gelenkschmerzen im Sinne arthritischer Schäden aus der Zeit des Übergewichts (act. 20/2). Zwar erstaunt es, dass beide Ärzte auf eine Einschränkung von 40 % kommen. Insgesamt (s. auch Prot. I S. 15 f.) gelingt es der Gesuchstellerin jedoch, glaubhaft zu machen, dass sie gesundheitlich beeinträchtigt ist – auch wenn die in der Berufungsantwort neu geltend gemachten Ischiasbeschwerden unsubstantiiert geblieben sind (Urk. 8 S. 6). Es ist daran zu erinnern, dass das Gericht bei vorsorglichen Massnahmen summarisch zu prüfen hat, ob sich der von der Gesuchstellerin geltend gemachte Anspruch aus den dargelegten Tatsachen und "Beweisen" (insbesondere den eingereichten Dokumenten) ergibt, und ob für das Vorhandensein dieser Tatsachen

gewisse Elemente sprechen, selbst wenn aus der Sicht des Gerichts noch die Möglichkeit der Nichtverwirklichung dieser Tatsachen besteht (Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 261 N 25; BGE 130 III 321 E. 3.3). Die exakte Ermittlung des Prozentumfangs der Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin mittels Gutachten übersteigt den Rahmen des vorliegenden Summaryverfahrens und ist nötigenfalls dem Scheidungsrichter zu überlassen. Dem vorliegenden Massnahmeentscheid ist in Anbetracht der zwei eingereichten Arztzeugnisse eine Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin von 60 % zugrunde zu legen. Was die berufliche Ausbildung und die Erwerbsaussichten der Gesuchstellerin anbelangt (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 7 ZGB), ist davon auszugehen, dass sie als festangestellte Übersetzerin theoretisch einen Lohn zwischen Fr. 6'464.– und Fr. 8'081.– erwirtschaften könnte (unterer bzw. mittlerer Monatslohn gemäss Lohnbuch; vgl. Philipp Mülhauser, Das Lohnbuch 2012, S. 426). Die Annahme des Maximallohnes rechtfertigt sich schon deshalb nicht, da die Gesuchstellerin bisher als Dolmetscherin (Urk. 8 S. 4) und nicht als Übersetzerin tätig war. Bei einer Arbeitsfähigkeit von 60 % entspräche dies einem Lohn von zwischen Fr. 3'878.40 und Fr. 4'848.60. Eine Festanstellung als Übersetzerin (bzw. Dolmetscherin, diese scheinen aber in der Regel nicht festangestellt zu sein; vgl. Lohnbuch 2012, a.a.O., S. 424 f.) müsste die Gesuchstellerin aber zuerst finden. Abgesehen davon, dass im Arbeitsbereich der Gesuchstellerin viele Personen freiberuflich arbeiten und Feststellen entsprechend rar sind, erweisen sich bei der Gesuchstellerin ihr Alter und ihr angeschlagener Gesundheitszustand als erschwerend bei der Stellensuche. Ob die Gesuchstellerin eine Feststelle als Übersetzerin (bzw. Dolmetscherin) finden würde, ist damit mehr als ungewiss. Weiter ist es unrealistisch, dass die Gesuchstellerin eine Stelle als Direktionsassistentin finden könnte, nachdem sie diesen Beruf unbestrittenerweise (vgl. act. 37 S. 13) seit mehr als 25 Jahren nicht mehr ausgeübt hat. Der Gesuchstellerin kann damit kein hypothetisches Einkommen aus einer Festanstellung angerechnet werden. Weiter ist zwischen den Parteien strittig, welches Pensum die Gesuchstellerin zur Zeit als freiberufliche Dolmetscherin arbeitet. Das ... (eine der Arbeitgeberinnen/Auftraggeberinnen der Gesuchstellerin) geht bei einem Jahresnettolohn in der Höhe von Fr. 9'153.– von einem Arbeitspensum von 9 % aus (act. 16/1). Dies

würde aufgrund des Gesamtlohnes der Gesuchstellerin von Fr. 42'805.50 im Jahr 2010 (act. 16/1) einen Beschäftigungsgrad von 42 % ergeben, womit sie ihr ärztlich bescheinigtes Arbeitspensums von 60 % nicht ausschöpfen würde. Auch eine andere Berechnungsweise kommt zum Ergebnis, dass die Gesuchstellerin nicht 60 % arbeitet: Da Dolmetschen eine umfassende Tätigkeit ist, die der Dolmetscherin eine sehr hohe Konzentration abverlangt, darf eine festgelegte Zahl von täglichen Arbeitsstunden – in der Regel bis zu deren sechs – nicht überschritten werden (vgl. Lohnbuch 2012, a.a.O., S. 424). Aufgrund der Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin von 60 % ergäbe dies 3.6 Stunden pro Tag. Hochgerechnet würde ein Jahreslohn von Fr. 62'370.– resultieren (3.6 Std. täglich multipliziert mit 21 Arbeitstagen pro Monat [52 Wochen mal 5 Arbeitstage = 260 Tage dividiert durch zwölf = 21,66 Arbeitstage pro Monat] und elf Monaten [4 Wochen Ferien] sowie einem Stundensatz von Fr. 75.–). Auch diese Berechnungsweise lässt den Schluss zu, dass die Gesuchstellerin lediglich gut 40 % arbeitet. Es fragt sich allerdings, ob sie überhaupt genügend zusätzliche Aufträge offeriert bekäme, um ein 60 %-Pensum zu erreichen. Bereits heute arbeitet die Gesuchstellerin für diverse Arbeit- bzw. Auftraggeber (act. 16/1). Ein weiteres Indiz gegen die beliebige Ausdehnung des Dolmetscherpensums ist, dass sich die Gesuchstellerin in der Trennungsvereinbarung dazu verpflichtete, *nach Möglichkeit* (Hervorhebung durch die erkennende Kammer) ein höheres Pensum als 30 % zu erreichen (Urk. 16/15). Dies lässt darauf schliessen, dass sich beide Parteien über die Schwierigkeiten einer Ausdehnung der Arbeitstätigkeit der Gesuchstellerin bewusst waren.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Rahmen vorsorglicher Massnahmen Regelungen nur für eine begrenzte Zeit zu treffen sind; längerfristige Regelungen sind dem Hauptverfahren vorbehalten. Daher ist im Massnahmeverfahren grundsätzlich von den aktuellen Verhältnissen auszugehen, eine Verpflichtung zur Suche einer Festanstellung bzw. zur Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit ist dagegen – auch wenn aus dem Blickwinkel des nahehelichen Unterhalts eine solche nicht ausgeschlossen erscheint oder sogar nahe liegen würde – im Massnahmeverfahren nur mit einer gewissen Zurückhaltung anzunehmen. Was daher der Gesuchsteller hinsichtlich allfälliger beruflicher Chancen der Ge-

suchstellerin vorbringt, hat im Hauptverfahren durchaus seine Berechtigung und wird dort genauer zu prüfen sein. Im vorliegenden Massnahmeverfahren ist jedoch – aufgrund des Alters und der gesundheitlichen Beeinträchtigung der Gesuchstellerin und ihren damit verbundenen höchst ungewissen Berufschancen – von den aktuellen tatsächlichen und nicht von hypothetischen Verhältnissen auszugehen. Damit bleibt es bei dem von der Vorinstanz angenommenen monatlichen Einkommen der Gesuchstellerin von Fr. 3'567.–.

2.3. Bedarf des Gesuchstellers: Hypothekar- und Liegenschaftskosten

2.3.1. Der Gesuchsteller rügt, die Vorinstanz habe bei seinem Bedarf in unzulässiger Weise die Hypothekar- und Liegenschaftskosten geteilt. Er und seine Partnerin lebten erst seit September 2010 zusammen. Es bestehe keine gefestigte Lebensgemeinschaft. Die Partnerin des Gesuchstellers erledige den Haushalt und pflege den Garten. Der Gesuchsteller komme im Gegenzug finanziell für Kost und Logis auf. Die Vorinstanz verletze die Dispositionsmaxime, wenn sie von sich aus und ohne substantiierte Behauptung der Gesuchstellerin die Hälfte der Kosten der Partnerin des Gesuchstellers zuordne (Urk. 1 S. 5 f.).

2.3.2. Die Gesuchstellerin hält dem entgegen, dass das Zusammenleben mit einer erwachsenen Person zur Minderung der Lebenshaltungskosten eines Ehegatten führe und zwar unabhängig davon, ob er auf Wohnkostenbeiträge der Partnerin verzichte oder nicht. Bei Erstattung der Massnahmebegründung im Mai 2011 sei über die Hypothekarzinsen nichts bekannt gewesen. Die Gesuchstellerin habe sich deshalb auf die Anmerkung beschränken können, dass das Zusammenleben den Aufwand des Gesuchstellers mindere und das Ausmass ins Ermessen der Vorinstanz stellen können. Völlig unbeachtlich bleibe, dass die Partnerin den Gesuchsteller mit Haushalt- und Gartenarbeit entlaste. Haus- und Gartenpflege sei vom Pflichtigen auch bei einem 100 % Pensum zusätzlich zu erbringen, wie von der Gesuchstellerin auch. Zudem habe sich der Gesuchsteller über die angeblichen Hypothekarzinsen bis heute nicht ausgewiesen (Urk. 8 S. 7 f.).

2.3.3. Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen nach Art. 276 ZPO ist eine Wohn- und Lebensgemeinschaft sowohl

des unterhaltsberechtigten als auch des unterhaltspflichtigen Ehegatten zu berücksichtigen. Entscheidend ist dabei nicht die Dauer der Partnerschaft, sondern der wirtschaftliche Vorteil, der aktuell daraus gezogen wird. In Anlehnung an die betriebsrechtlichen Richtlinien wird davon ausgegangen, dass die Partner die gemeinschaftlichen Kosten (Grundbetrag, Miete usw.) anteilmässig tragen, selbst wenn die tatsächliche Beteiligung geringer sein sollte (BGE 138 III 97 E. 2.3.2 und BGer 5D_94/2009 vom 16. September 2009 E. 2.2). Dass ein solches Vorgehen kein qualifiziertes Konkubinats voraussetzt, liegt im Umstand begründet, dass vorsorgliche Massnahmen leichter den sich verändernden Verhältnissen angepasst werden können, sollte die Wohn- und Lebensgemeinschaft aufgelöst werden (vgl. Hausheer/Spycher, a.a.O., N 02.31a und BGer 5D_94/2009 vom 16. September 2009 E. 2.2).

2.3.4. Der Gesuchsteller lebt seit September 2010 mit seiner Partnerin zusammen (Urk. 1 S. 5). Dadurch hat er wirtschaftliche Vorteile, insbesondere da seine Partnerin unentgeltlich Haus- und Gartenarbeit leistet. Dies kann einer finanziellen Beteiligung an den Wohnkosten gleichgesetzt werden, müsste der Gesuchsteller sonst eine Haushalts- und Gartenhilfe entlönnen. In Anwendung obiger Rechtsprechung sind damit die Hypothekar- und Liegenschaftskosten vorliegend hälftig zu teilen. Die Vorinstanz hat die Dispositionsmaxime nicht verletzt. Tatsachenbehauptung ist Sache der Parteien (was die Gesuchstellerin mit der Behauptung, der Gesuchsteller lebe mit seiner Partnerin zusammen, getan hat; act. 28 S. 4), die entsprechende Rechtsanwendung diejenige des Gerichts (Art. 57 ZPO; Sutter-Somm/von Arx, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 57 N 5). Zwar fragt sich die Gesuchstellerin zu Recht, ob der Gesuchsteller zur Zeit überhaupt Hypothekarzinsen leistet, denn der Gesuchsteller hat keinen Hypothekarvertrag eingereicht. Bei den eingereichten Unterlagen (act. 38/9-11) handelt es sich lediglich um Rechenbeispiele. Dass der Gesuchsteller und seine Schwester sich in einer erbrechtlichen Auseinandersetzung befinden, ist jedoch belegt (act. 38/13 bis 38/15), und dass er zur Leistung des Pflichtteils an sie (Art. 470 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 471 Ziff. 1 ZGB) eine Hypothek aufnehmen muss, glaubhaft gemacht. Dasselbe gilt für die Renovationsbedürftigkeit der Liegenschaft (act. 55/7 S. 11). Die von der Vorinstanz vorgenommene Anrechnung

eines Hypothekarzinses von monatlich Fr. 1'400.– rechtfertigt sich auch unter dem Aspekt der Gleichbehandlung der Parteien hinsichtlich der Wohnkosten. Zudem hat die Gesuchstellerin gegen den vorinstanzlichen Entscheid keine Berufung erhoben. Würde die Hypothek im Bedarf des Gesuchstellers nicht angerechnet, würde dies (wie unter Ziff. 2.5 zu zeigen sein wird) zu einer unzulässigen reformatio in peius (d.h. der Berufungskläger darf nicht schlechter gestellt werden als gemäss erstinstanzlichem Entscheid) führen (Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Vorbemerkungen zu den Art. 308 bis 318 N 17). Zusammen mit den unbestritten gebliebenen Unterhaltskosten von Fr. 800.– (1 % des Verkehrswerts) bleibt es somit beim Gesuchsteller bei anrechenbaren Hypothekar- und Liegenschaftskosten von Fr. 1'100.–.

2.4. Bedarf der Gesuchstellerin: Berücksichtigung Generalabonnement

2.4.1. Schliesslich moniert der Gesuchsteller, beim Bedarf der Gesuchstellerin seien Kosten eines Generalabonnements berücksichtigt worden, dies obschon sie im Jahr 2009 nachgewiesenermassen Spesen für Bahnfahrten erhalten habe (Urk. 1 S. 6 f. mit Verweis auf act. 16/12).

2.4.2. Die Gesuchstellerin macht geltend, die Kosten des Generalabonnements (GA) seien zurecht berücksichtigt worden. Grundlage würden die Verhältnisse 2011 und nicht 2009 bilden. Im massgeblichen Jahr 2011 sei das GA ausgewiesen und Fahrtspesen seien in den Lohnausweisen nicht enthalten (Urk. 8 S. 9).

2.4.3. Für Fahrten mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zum Arbeitsplatz sind die effektiven Auslagen im Bedarf der Parteien zu berücksichtigen (Maier, in: AJP 10/2007, S. 1233).

2.4.4. Die Gesuchstellerin generierte im Jahr 2010 rund einen Viertel ihres Einkommens ausserkantonale, hauptsächlich beim Dort erhielt sie jedoch gemäss Lohnausweis 2010 für "Reise, Verpflegung, Übernachtung" die effektiven Spesen vergütet. Daneben war sie ausserkantonale nur noch in einem sehr bescheidenen Ausmass für den Kanton ... tätig (act. 16/1). Bereits im Jahr 2009 erhielt sie für ihre ausserkantonalen Tätigkeiten beim ... und der Kantonspolizei ... gemäss den

Lohnausweisen die Fahrspesen vergütet (act. 16/12). Für ihre Dolmetschertätigkeit für den Kanton ... erhält die Gesuchstellerin hingegen keine Spesen (act. 16/1 und act. 16/12). Die Behauptung der Gesuchstellerin, im massgeblichen Jahr 2011 sei das Generalabonnement ausgewiesen und Fahrtspesen in den Lohnausweisen nicht enthalten (Urk. 8 S. 9), ist nicht belegt. Es rechtfertigt sich damit, ihr ein Jahresabonnement zweiter Klasse der Zürcher Verkehrsbetriebe für alle Zonen im Betrag von monatlich Fr. 170.25 in ihrem Bedarf anzurechnen (Jahrespreis Fr. 2'043.–; <http://www.zvv.ch/de/tickets/tickets-und-preise/netzpass/index.html>).

2.5. Fazit

2.5.1. Das von der Vorinstanz berechnete Einkommen der Gesuchstellerin bleibt gemäss den Ausführungen unter Ziff. 2.2 unverändert bei monatlich Fr. 3'567.– netto. Das Einkommen des Gesuchstellers lag nicht im Streit und beträgt Fr. 9'675.– (Urk. 2 S. 14). Der erweiterte Bedarf des Gesuchstellers bleibt aufgrund der unveränderten Hypothekar- und Liegenschaftskosten bei Fr. 3'666.– (s. Ziff. 2.3). Hingegen ist der Bedarf der Gesuchstellerin gemäss den Ausführungen unter Ziff. 2.4 aufgrund der Position Arbeitsweg (ZVV- statt Generalabonnement) zu korrigieren. Als Arbeitswegkosten sind der Gesuchstellerin Fr. 170.25 (statt Fr. 265.–) anzurechnen, womit ihr Bedarf auf Fr. 4'467.25 anzupassen ist. Die Unterhaltsberechnung ist neu wie folgt vorzunehmen:

-	Einkommen Gesuchstellerin	Fr.	3'567.–
-	Einkommen Gesuchsteller	Fr.	9'675.–
./.	erweiterter Bedarf Gesuchstellerin	Fr.	4'467.25
./.	erweiterter Bedarf Gesuchsteller	Fr.	<u>3'666.–</u>
	Freibetrag	Fr.	5'108.75
-	erweiterter Bedarf Gesuchstellerin	Fr.	4'467.25
-	½ Freibetrag	Fr.	2'554.40
./.	Einkommen Gesuchstellerin	Fr.	<u>3'567.–</u>
	Unterhaltsanspruch Gesuchstellerin gerundet	Fr.	3'450.–

Entsprechend ist der Gesuchsteller im Sinne des insoweit nicht angefochtenen Entscheides der Vorinstanz (vgl. Urk. 2 S. 16 Ziff. 2.3.9.) zu verpflichten, der Gesuchstellerin ab Rechtskraft dieses Entscheides für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von insgesamt Fr. 3'450.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

III.

1. Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen ausdrücklich dem Endentscheid vorbehalten. Der Gesuchsteller ist diesbezüglich durch den angefochtenen Entscheid nicht beschwert. Da er im Übrigen die Berufung in diesem Punkt nicht begründet hat, ist diesbezüglich auf die Berufung nicht einzutreten.

2. Im Berufungsverfahren unterliegt der Gesuchsteller zu annähernd hundert Prozent. Die Gesuchstellerin verlangte die Bestätigung der vor Vorinstanz zugesprochenen Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'500.–; der Gesuchsteller dagegen wollte gar keine Unterhaltsbeiträge leisten. Ausgangsgemäss rechtfertigt es sich, dem Gesuchsteller die Kosten- und Entschädigungspflichten in vollem Umfang aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung der § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 2, 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 9 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 auf Fr. 3'000.– zu bemessen.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Gesuchstellers wird Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung [recte: des Urteils] des Bezirksgerichtes Uster vom 21. Mai 2012 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"2. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab Rechtskraft dieses Urteils für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von insgesamt Fr. 3'450.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Im Mehrbetrag wird das Begehren abgewiesen."

Im Übrigen wird die Berufung, soweit darauf eingetreten wird, abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

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

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 arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert im Sinne von Art. 51 Abs. 4 BGG übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 13. August 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. E. Iseli

versandt am: js