

ZH_OBERGERICHT LY120033 vom 6. Februar 2013

ZH Obergericht, 2013-02-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY120033

FR: ZH_OBERGERICHT LY120033 du 6 février 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LY120033 del 6 febbraio 2013

Erwägungen

E. 1

November 2009 auf. Danach teilten die Parteien die eheliche Liegenschaft C. _____-Strasse ... in D. _____ der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) zur alleinigen Benützung zu (act. 5/3). Das in den Akten befindliche Exemplar der Vereinbarung ist nicht unterzeichnet. Da jedoch beide Parteien auf diese Getrenntlebensvereinbarung verweisen (act. 5/1, 5/14), ist auf die fehlenden Unterschriften nicht weiter einzugehen. Mit Eingabe vom 29. März 2012 erhob der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) vor der Vorinstanz eine Scheidungsklage gestützt auf Art. 114 ZGB (act. 5/1). Anlässlich der Einigungsverhandlung vom 17. Juli 2012 stimmte die Beklagte dem Scheidungsbegehren zu (Vi-Prot. S. 4).

E. 1.1

Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist nur die Unterhaltspflicht des Beklagten. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGer 5A_740/2009 vom 2. Februar 2010, E. 1). Der demzufolge vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert (Fr. 10'000.00, Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gegeben: Die Vorinstanz legte monatliche Unterhaltsbeiträge für die Berufungsklägerin persönlich in der Höhe von Fr. 3'287.00 fest. Der Beklagte beantragt die Reduktion des Unterhaltsbeitrags auf Fr. 2'525.00 pro Monat für die Monate April bis Dezember 2012 (dem entspricht eine Reduktion um Fr. 762.00), sowie auf monatlich Fr. 820.00 ab 1. Januar 2013 (dem entspricht eine Reduktion um Fr. 2'467.00). Dies ergibt auf eine Verfahrensdauer von angenommen drei Jahren einen Streitwert von rund Fr. 73'000.00 (vgl. dazu Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 92 N 7, sowie die Ausführungen in act. 7 S. 2).

E. 1.2

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über umfassende Kognition. Sie kann auch Ermessensentscheide überprüfen (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 310 N 5 f.). Der Berufungskläger hat sich mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinandersetzen (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Aus den Beanstandungen muss für die Berufungsinstanz erkennbar hervorgehen, inwiefern der angefochtene Entscheid nach der Auffassung des Berufungsklägers falsch sein soll (BK ZPO-Sterchi, Art. 311 N 19 f.).

E. 1.3

Nach Art. 276 Abs. 1 ZPO sind für vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar. Für Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 172 ff.

ZGB sind die Vorschriften über das summarische Verfahren im Sinne von Art. 248 ff. ZPO massgeblich, unter Vorbehalt von Art. 272 und 273 ZPO (Art. 271 lit. a ZPO).

- 5 - Gemäss Art. 272 ZPO stellt das Gericht in eherechtlichen Summarverfahren den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Es handelt sich hierbei um die eingeschränkte ("soziale") Untersuchungsmaxime. Diese dient in erster Linie dem Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien bzw. der Unterstützung der schwächeren Partei. Sie ändert nichts an den Mitwirkungspflichten der Parteien bei der Feststellung des entscheiderelevanten Sachverhalts. Dabei gilt analog der Beweislast nach Art. 8 ZGB eine Glaubhaftmachungslast, nach welcher die tatsächlichen Voraussetzungen, die zur Abänderbarkeit der Vereinbarung führen, vom Gesuchsteller glaubhaft zu machen sind (vgl. BGE vom 5. März 2010, Fam-Pra 2010, S. 705 ff.). Sind beide Parteien anwaltlich vertreten, so hat sich das Gericht bei der Feststellung des Sachverhalts ähnlich wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten (ZK ZPO-Sutter-Somm/Lazic, Art. 272 N 11 ff.). 2. Zum Anspruch des Klägers auf Wahrung des rechtlichen Gehörs:

E. 2

Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten ab 1. April 2012 für die Dauer des Verfahrens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'287.– zu bezahlen, zahlbar inskünftig je monatlich im Voraus.

E. 2.1

Wie vorstehend erwähnt, reichte die Beklagte der Vorinstanz nach der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 17. Juli 2012, d.h. nach dem Datum des angefochtenen Entscheids, jedoch vor dessen Zustellung weitere, neue Unterlagen zu den Akten. Die Vorinstanz brachte nur einen Teil dieser Eingaben und neuen Unterlagen dem Kläger zur Kenntnis (vgl. vorne I./2.). Die neuen Unterlagen wurden, wie der Kläger richtig erkennt (act. 2 S. 3), zur Begründung des Urteils vom 17. Juli 2012 nicht herangezogen. Nach dem Wortlaut von Art. 229 Abs. 3 ZPO (wonach Noven "bis zur Urteilsberatung" zu berücksichtigen sind) war dies korrekt. Zum gleichen Schluss führt die Ansicht des Bundesgerichts, wonach die "Urteilsberatung" nach Art. 229 Abs. 3 ZPO der Phase des Prozesses entspricht, die nach dem Schluss der "Hauptverhandlung" nach Art. 228-234 ZPO eintritt ("On en déduit que les délibérations commencent après la clôture des débats principaux [titre du chapitre 3]; vgl. BGer 5A_452/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 4.2) – wann das Urteil tatsächlich von der Gerichtsbesetzung beraten und gefällt wird, ist danach unerheblich. Entscheidend ist, dass die Hauptverhandlung in diesem Sinne im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen vor der Vorinstanz am 17. Juli 2012, nach der Durchführung der Ver-

- 6 - handlung vom selben Datum, abgeschlossen wurde. Danach waren nach Art. 229 Abs. 3 ZPO keine Noven mehr zulässig.

E. 2.2

Es erscheint fraglich, ob die entsprechenden Noveneingaben dem Beklagten trotzdem hätten zur Kenntnis gebracht werden müssen. Das aus dem Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs abgeleitete Replikrecht besteht an sich unabhängig davon, ob eine Noveneingabe noch zu hören ist oder nicht (ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 N 11). Auch wenn eine diesbezügliche Verletzung des rechtlichen Gehörs bejaht wird, kann eine Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz vorliegend aus den folgenden

Gründen unterbleiben: Der Kläger selber stellte in der Berufungsbegründung keinen Rückweisungsantrag. Er gab vielmehr (nach Einsichtnahme in die erstinstanzlichen Akten inkl. der neuen Unterlagen, vgl. act. 5/38) an, er nehme sein Recht auf Wahrung des rechtlichen Gehörs mit der Äusserung im Berufungsverfahren wahr (act. 2 S. 3). Das Interesse des Klägers, sich gegenüber der ersten Instanz zu den Unterlagen zu äussern (entsprechend seinem Interesse an einer Rückweisung), ist somit nach seiner eigenen Einschätzung gegenüber seinem Interesse an einer beförderlichen Durchführung des Massnahmeverfahrens nachrangig. Eine Rückweisung würde in dieser Situation angesichts der eingangs geschilderten vollen Kognition der Berufungsinstanz zu unnötigen Verzögerungen bzw. zu einem formalistischen Leerlauf führen. Unabhängig davon, ob die Gehörsverletzung als schwerwiegend eingestuft wird oder nicht, kann der Mangel daher im Berufungsverfahren geheilt werden (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2).

E. 2.3

Die Beklagte hat das Urteil vom 17. Juli 2012 ihrerseits nicht angefochten, und sie könnte dies auch bei Einholung einer Berufungsantwort nicht mehr (vgl. Art. 314 Abs. 2 ZPO). Auf ihr Interesse an einer Rückweisung (mit Blick auf den Verlust einer Tatsacheninstanz) wäre daher lediglich bei Gutheissung der Berufung einzugehen. Da es dazu nicht kommt, ist der Verzicht auf eine Rückweisung für die Beklagte nicht nachteilig. Darauf ist daher nicht weiter einzugehen.

- 7 - 3. Vorbemerkungen zur Sache:

E. 3

Der Antrag der Beklagten, der Kläger sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten, wird abgewiesen.

- 3 -

E. 3.1

Im vorliegenden Berufungsverfahren ist ausschliesslich über die Höhe der Unterhaltsbeiträge zu befinden, welche der Kläger der Beklagten für die Dauer des Verfahrens zu bezahlen hat. Grundlage der Berechnung der Unterhaltsbeiträge sind die finanziellen Verhältnisse der Parteien, d.h. die über die Bedarfsrechnung zu eruiende eheliche Lebenshaltung zum einen und die Leistungsfähigkeit der Parteien (das Einkommen) zum anderen. Grundsätzlich geht die Bedarfsrechnung vom betriebsrechtlichen Existenzminimum aus. Im Kanton Zürich ist das Kreisschreiben des Obergerichts vom 16. September 2009 über die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums ("Kreisschreiben") massgeblich. In Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes wird das Existenzminimum beider Parteien sodann um einzelne für das alltägliche Leben notwendige und dem Lebensstandard der Familie entsprechende Positionen, insbesondere Steuern sowie die Prämien üblicher Versicherungen erweitert. Ein danach vom massgeblichen Einkommen der Parteien noch verbleibender Freibetrag wird je nach den Umständen zwischen den Ehegatten aufgeteilt. Nur bei ausserordentlich gehobenen Verhältnissen wäre eine einstufige Berechnung des Bedarfs auf Basis eines konkreten Haushaltsbudgets zu prüfen (vgl. FamKomm Scheidung-Vetterli, 2. Auflage 2011, Art. 176 ZGB N 27, 29 f., 33). Vorliegend hat die Vorinstanz davon zu Recht abgesehen, was im Berufungsverfahren denn auch nicht beanstandet wird.

E. 3.2

Unterhaltsbeiträge sind in pflichtgemässer Ermessensausübung festzusetzen. Der Entscheid stellt daher – auch wenn dafür eine mathematische Berechnung herangezogen wird – nicht das exakte Ergebnis einer quasi wissenschaftlich genauen Berechnung dar, sondern er ist letztlich immer nach Recht und Billigkeit zu treffen (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 71-73 zu Art. 4 ZGB; ZR 90 Nr. 95).

- 8 - 4. Einkommen des Klägers:

E. 4

Der Antrag der Beklagten auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.

E. 4.1

Die Vorinstanz berechnete das Einkommen des Klägers auf Basis seines Lohnausweises für das Jahr 2011. Danach erzielte der Kläger ein Netto-Jahreseinkommen von Fr. 106'445.00 (act. 5/11/1). Nach Abzug der Familienzulagen von Fr. 2'000.00 ergab sich daraus ein Monatseinkommen von Fr. 8'703.75. Zudem berücksichtigte die Vorinstanz die Lohnerhöhung des Klägers im Betrag von Fr. 45.00 brutto pro Monat, was netto inkl. 13. Monatslohn ein Plus von Fr. 40.70 ergab. Nach Hinzurechnung von Fr. 16.60 (steuerfreie Beteiligung des Arbeitgebers an privaten Versicherungen des Klägers) resultierte ein Total von Fr. 8'761.05, was die Vorinstanz auf Fr. 8'780.00 aufrundete (act. 6 S. 8).

E. 4.2

Der Kläger errechnet sein Einkommen in der Berufungsbegründung dagegen auf Basis der bereits vor Vorinstanz eingereichten Lohnabrechnungen der Monate Januar bis Juni 2012 (act. 5/11/2). Er nennt gestützt darauf einen Nettomonatslohn von Fr. 8'048.00, rechnet einen Anteil des 13. Monatslohns von Fr. 630.00 sowie die auch von der Vorinstanz erwähnte Versicherungsentschädigung dazu, woraus ein Total von Fr. 8'694.00 folgt (act. 2 S. 4).

E. 4.3

Der Ansicht des Klägers ist nicht zu folgen. Zutreffend ist zwar, dass sich aus den im Recht liegenden Lohnabrechnungen des Jahres 2012 nach Abzug der Spesenentschädigungen und der Versicherungsentschädigung, sowie unter Hinzurechnung der Abzüge für die Lunchchecks und für den Verbandsbeitrag ein Nettomonatslohn von Fr. 8'048.00 ergibt (act. 5/11/2). Die Anrechnung eines Anteils am 13. Monatslohn von Fr. 630.00 ist dagegen nicht nachvollziehbar und wird vom Kläger nicht begründet. Ausgehend von der Angabe des Klägers würde das 13. Monatsgehalt netto lediglich Fr. 7'560.00 betragen. Weshalb dem so sein sollte, ist nicht ersichtlich. Üblicherweise übersteigt das 13. Monatsgehalt netto den Betrag der übrigen 12 Nettomonatslöhne, weil beim 13. Gehalt kein BVG-Abzug erfolgt (so auch beim Kläger, vgl. dazu act. 5/19/2). Ausgehend vom Basisbetrag im Jahr 2012 von Fr. 8'187.00 beträgt der BVG-Abzug von 9.6% (Spar- und Risikoprämie) Fr. 785.95 (act. 5/11/2). Dieser Betrag ist, da er vom 13. Monatsgehalt (wie soeben gesehen) nicht abgezogen

- 9 - gen wird, auf den Nettobetrag von Fr. 8'048.00 aufzurechnen. Dies ergibt einen 13. Monatslohn von netto Fr. 8'833.95 oder auf den Monat umgerechnet von rund Fr. 736.00. Unter Hinzurechnung der Versicherungsentschädigung ergibt sich damit für das Jahr 2012 ein monatlicher Nettolohn inkl. Anteil am 13 Monatslohn von rund Fr. 8'800.00 (8'048.00 +

Fr. 736.00 + Fr. 16.60). Dass die Vorinstanz wie gesehen von einem Einkommen des Klägers von Fr. 8'780.00 ausging, ist für den Kläger somit sogar leicht vorteilhaft. Die Berechnung der Vorinstanz ist daher nicht zu beanstanden. 5. Einkommen der Beklagten:

E. 5

Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 5/1-39). Von der Einholung einer Berufungsantwort wurde abgesehen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Entsprechend erübrigt sich die von der Rechtsvertreterin der Beklagten mit Blick auf die Erstattung der Berufungsantwort beantragte Zu- stellung der Verfahrensakten (act. 10 f.).

E. 5.1

Die Vorinstanz bezifferte das aktuelle monatliche Nettoeinkommen der Beklagten zuzüglich Anteil am 13. Monatslohn auf Fr. 2'761.00 (act. 6 S. 8). Dies wird vom Kläger im Grundsatz nicht beanstandet (act. 2 S. 4).

E. 5.2

Weiter prüfte die Vorinstanz, ob der Beklagten ein hypothetisches Ein- kommen anzurechnen sei. Da der Kläger in einem 100%-Pensum erwerbstätig sei, müsse dies, so die Vorinstanz, von der Beklagten, deren familiäre Haushalts- pflichten weggefallen seien, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren auch er- wartet werden. Allerdings könne einer Frau, welche in einer langjährigen Ehe zwei Kinder grossgezogen habe, nicht jede beliebige Arbeit zugemutet werden, wenn dafür keine finanzielle Notwendigkeit bestehe. Zudem sei es zweifelhaft, ob die Beklagte als gelernte Verkäuferin das vom Kläger behauptete Einkommen von netto Fr. 4'700.00 erzielen könne, und ob sie zur Leistung eines vollen Pensums gesundheitlich überhaupt in der Lage sei. Die diesbezüglichen Verhältnisse seien ebenso unklar wie die Frage, ob die Beklagte ihr gegenwärtiges Pensum von 60% als Mensa-Mitarbeiterin bei der ...firma E. _____ AG ausdehnen könnte, oder ob sie eine andere Stelle suchen müsste. Insgesamt sei nicht glaubhaft, dass die Beklagte bald ein erhebliches Mehreinkommen erzielen könne. Daher sei entge- gen dem Kläger von einer Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge per 1. Januar 2013 abzusehen (act. 6 S. 3, 14 f.).

- 10 -

E. 5.3

Der Kläger ist demgegenüber nach wie vor der Ansicht, die Beklagte könne ab 1. Januar 2013 einer vollen Erwerbstätigkeit nachgehen und damit ein Einkommen von Fr. 4'600.00 erzielen. Sie sei in einer Mensa tätig und diese Stel- le sei gemäss Arbeitsvertrag bei 100% mit Fr. 4'800.00 entlohnt. Es sei daher nicht zu prüfen, ob die Beklagte als Verkäuferin ein Einkommen von Fr. 4'700.00 erzielen könne. Gesundheitlich bedingte Beeinträchtigungen der Erwerbsfähigkeit der Beklagten seien nicht belegt oder glaubhaft gemacht worden. Der Beklagten werde es auch möglich sein, eine entsprechende Stelle zu finden. Aus den bishe- rigen Teilzeitarbeitstätigkeiten der Beklagten zeige sich, dass sie eine tüchtige und gesuchte Arbeitskraft sei, die nach der Steuererklärung 2011 auch keine Schwierigkeit damit gehabt habe, an zwei verschiedenen Orten zu arbeiten. Ihr Einkommen von Fr. 25'105.00 im Jahr 2011 bei einem Pensum von 30% ergebe auf ein Vollzeitpensum hochgerechnet weit mehr als den angenommenen Betrag von Fr. 4'700.00. Die Beklagte habe zudem versucht, den Sachverhalt zu vernebeln, und ha- be Unterlagen teilweise erst auf Intervention des Richters vorgelegt. Sie sei daher unglaubwürdig. Ihr Prozessverhalten dürfe nicht unberücksichtigt bleiben. Die Vorinstanz vertröste ihn, den Kläger, auf das Hauptverfahren, doch es sei zu

be- fürchten, dass dieses angesichts der Hinhaltetaktik der Beklagten nicht so bald abgeschlossen werden könne (act. 2 S. 8 f., act. 5/25/2).

E. 5.4

Den Ausführungen des Klägers ist nicht zu folgen. Weshalb ab dem 1. Januar 2013 die naheheliche Berechnungsweise gelten soll (so der Kläger, act. 2 S. 7), ist nicht ersichtlich. Die Berechnungsweise gestützt auf Art. 125 ZGB ist bei der Berechnung des nahehelichen Unterhalts massgeblich. Diese Be- rechnung wird im Hauptverfahren vor der Vorinstanz erfolgen. Erst dann wird die Einschätzung der mittel- und längerfristigen Erwerbsfähigkeit der Beklagten zu thematisieren sein. Dann steht die Eigenversorgungskapazität der Ehegatten im Vordergrund, und sie kann die bloss auf nahehelicher Solidarität beruhende Un- terhaltspflicht verdrängen. Bei der Berechnung des Trennungunterhalts während der Ehe, wo die Ehebande und damit die gegenseitigen Beistands- und Unterstützungspflichten

- 11 - nach wie vor bestehen, stellt sich die Frage der Eigenversorgung dagegen weni- ger akzentuiert. Während der Dauer des Scheidungsverfahrens kann bei der Be- urteilung der Zumutbarkeit der Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbsarbeit zwar in stärkerem Ausmass als im Eheschutzverfahren auf die bundesgerichtli- chen Richtlinien zum nahehelichen Unterhalt abgestellt werden. Dennoch ist an- gesichts des eher kurzfristigen Regelungshorizonts der vorsorglichen Massnah- men grundsätzlich von den aktuellen Verhältnissen auszugehen und ist ein hypo- thetisches Einkommen nur ausnahmsweise anzurechnen. Dies kommt insbeson- dere dann in Frage, wenn die vorhandenen finanziellen Mittel zur Deckung der Bedürfnisse zweier Haushalte trotz zumutbarer Einschränkungen nicht genügen. Reichen dagegen die finanziellen Mittel auf Basis der aktuellen Einkommenszah- len für die Deckung der Kosten zweier Haushalte während der Trennungszeit problemlos aus, spricht dies gegen die Anrechnung eines hypothetischen Ein- kommens bereits während der Dauer der Ehe. Das Gesagte gilt verstärkt, wenn die Parteien in einer langjährigen Ehe mit traditioneller Rollenverteilung lebten. Massgeblich sind die konkreten Verhältnisse des Einzelfalles (vgl. BGer 5A_21/ 2012 vom 3. Mai 2012, E. 3.3; vgl. auch Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, Zur Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, AJP 2007 S. 1223 ff., S. 1239 f.). Damit wird der Kläger nicht auf das Hauptverfahren "vertröstet", sondern es wird lediglich darauf hingewiesen, dass die Berechnung der nahehelichen Unter- haltsbeiträge auf einer anderen Rechtsgrundlage basieren und einen anderen Zeithorizont betreffen wird, als die Berechnung der Unterhaltsbeiträge während der Dauer der Ehe (die während des Scheidungsverfahrens weiter besteht).

E. 5.5

Die Beklagte war beim Eheschluss der Parteien 23 Jahre alt. Im darauf folgenden Jahr 1988 wurde das ältere Kind der Parteien geboren (act. 5/2). Die Lebensprägung der Ehe ist unbestritten. Entgegen dem Kläger (Vi-Prot. S. 6) ist dies für die Frage des zumutbaren Arbeitspensums nicht völlig irrelevant, sondern ist im Lichte der geschilderten Praxis (vorne II./5.4) als ein Element unter mehre- ren in die Gesamtwürdigung einzubeziehen.

- 12 - In den darauf folgenden Jahren war die Beklagte stets nur in Teilzeitpensen erwerbstätig, mit Ausnahme einer zwischenzeitlichen Phase in der Zeit zwischen 2005 bis 2008. Die Beklagte spricht in diesem Zusammenhang von einem vor- übergehenden Versuch, der infolge eines Nervenzusammenbruchs habe abge- brochen werden müssen. Es sei damals beiden Parteien klar gewesen, dass die- ses Pensum für die Beklagte nicht

tragbar gewesen sei (Vi-Prot. S. 5). Dass es sich dabei um mehr als einen blossen Versuch handelte, vermochte der Kläger nicht darzutun. Insbesondere machte er keine konkrete Angabe dazu, während wie langer Zeit die Beklagte einer Erwerbstätigkeit in einem Vollzeitpensum nachgegangen sei. Die Schilderung betreffend den Nervenzusammenbruch blieb unbestritten (vgl. act. 5/24 S. 3 f., Vi-Prot. S. 7). Dass eine Berufstätigkeit in einem 100%-Pensum damals angesichts der noch bestehenden Aufgaben der Beklagten im Rahmen der Familienbetreuung eine grössere Belastung gewesen wäre als heute und dass die Beklagte daher heute eher in der Lage wäre, ihr Pensum auszudehnen (Vi-Prot. S. 7), mag zutreffen. Dies ist aber mit Blick auf die Zumutbarkeit eines höheren Pensums lediglich ein Kriterium. Daneben fällt in der vorliegenden Situation entscheidend ins Gewicht, dass der gelebten Rollenverteilung während der Ehe insgesamt und – mit der geschilderten Ausnahme – dauerhaft eine bloss untergeordnete Erwerbstätigkeit der Beklagten in einem Teilzeitpensum entsprach. Mit dieser Aufgabenteilung haben die Parteien bislang ihren Unterhalt bestritten. Wie zu zeigen sein wird, ist dies auch weiterhin und unter Berücksichtigung der trennungsbedingten Mehrkosten ohne massgebliche Einschränkungen möglich. Hinzu kommen die bestehenden gesundheitlichen Belastungen der Beklagten. Aus welchem Grund die Beklagte zum Zeitpunkt der Verhandlung vom 17. Juli 2012 über die vorsorglichen Massnahmen in (ärztlich delegierter) psychotherapeutischer Behandlung stand (vgl. act. 5/27/1), ist entgegen dem Kläger nicht "schlicht unbekannt" (act. 2 S. 8), sondern ist im Zusammenhang mit dem Arzzeugnis vom 23. April 2012 zu sehen. Danach litt die Beklagte an Belastungsproblemen mit Schlaflosigkeit, Konzentrationsschwierigkeiten und Stimmungsschwankungen. Sie war nach der Einschätzung des Facharztes F._____ "arbeitsmässig nur zu 60% belastbar" (vgl. act. 5/19/3). Ob dieses Arzzeugnis für

- 13 - sich alleine bereits genügen würde, um die Anrechnung eines Vollzeitpensums auszuschliessen, kann offen bleiben. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller konkreten Umstände ist das Zeugnis jedenfalls nicht völlig ausser Acht zu lassen. Dieses Zeugnis vom 23. April 2012 verdeutlicht, dass die Beklagte nicht nur (wie vom Kläger behauptet) anlässlich ihres früheren Versuches, ein Vollzeitpensum aufzunehmen, damit überlastet war (mit Blick auf die damals daneben geleistete Haushalts- und Familienarbeit; vgl. Vi-Prot. S. 5, 7), sondern dass ein solches Pensum auch aktuell eine grosse Belastung darstellen würde. Diese Belastung ist der Beklagten angesichts der guten finanziellen Verhältnisse gegenwärtig noch nicht zuzumuten. Die weiteren Ausführungen des Klägers zum Gesundheitszustand der Beklagten, insbesondere zum im Jahr 2009 operierten Aneurysma (act. 2 S. 8), sind danach nicht relevant. Darauf ist nicht weiter einzugehen. Insgesamt ist die Zumutbarkeit einer Ausdehnung des Arbeitspensums der Beklagten im Stadium der vorsorglichen Massnahmen noch zu verneinen. Das vom Kläger gerügte "Prozessverhalten" der Beklagten (act. 2 S. 9) vermag keinen anderen Schluss nahe zu legen – zumal die heutigen Ausführungen zu den einzelnen Positionen der Unterhaltsberechnungen aufzeigen, dass der Sachverhalt (soweit für die Glaubhaftmachung vorausgesetzt) klar ist, von einer "Vernebelung" also nicht die Rede sein kann.

E. 5.6

Nur nebenbei ist danach noch auf die tatsächliche Möglichkeit der Erhöhung des Arbeitspensums einzugehen. Dabei handelt es sich – im Gegensatz zur Frage der Zumutbarkeit – um eine Tatfrage (BGer 5A_10/2010, E. 3.3.1). Nach dem eingangs Gesagten (vorne II./1.3) trägt diesbezüglich der Kläger die Glaubhaftmachungslast. Zur

Frage, ob die Beklagte ihr aktuelles Arbeitspensum als Mitarbeiterin einer Mensa auf ein 100%-Pensum aufstocken könnte, hat sich der Kläger nicht geäußert. Dass die Stelle bei einem 100%-Pensum mit Fr. 4'800.00 entlohnt würde (so der Beklagte, vgl. act. 2 S. 8), bedeutet nicht, dass eine entsprechende Aufstockung im Rahmen der bestehenden Anstellung tatsächlich möglich wäre. Dasselbe gilt betreffend den Hinweis auf die bisherigen Teilzeitstellen der Klägerin und die dabei erzielten Löhne (vgl. act. 2 S. 9). Die bloss mathematische Auf-

- 14 - rechnung dieser Einkommen auf ein 100%-Pensum sagt nichts über die tatsächliche Möglichkeit aus, für die entsprechenden Arbeiten eine Anstellung in einem Vollzeitpensum zu finden. Dass die Beklagte tatsächlich ein Einkommen von Fr. 4'700.00 oder Fr. 4'800.00 netto monatlich erzielen könnte, hat der Kläger somit nicht glaubhaft gemacht.

E. 5.7

Im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen ist daher mit der Vorinstanz von der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens der Beklagten abzusehen und ist von ihrem aktuellen Einkommen von wie gesehen monatlich Fr. 2'761.– netto auszugehen.

E. 6

Bedarf der Parteien:

E. 6.1

Die Vorinstanz ging vom folgenden Bedarf des Klägers aus (act. 6 S. 9): Grundbetrag Fr. 1'200.– Wohnkosten Fr. 1'800.– Telefon/Internet/Radio Fr. 139.– Hausrat-/Haftpflichtversicherung Fr. 13.– Krankenkasse (inkl. VVG) Fr. 345.– weitere Gesundheitskosten Fr. 69.– Arbeitsweg bzw. Auto Fr. 100.– Steuern Fr. 650.– Total Fr. 4'316.–

E. 6.2

Auf Seiten der Beklagten liegt dem angefochtenen Entscheid der folgende Bedarf zugrunde (act. 6 S. 10): Grundbetrag Fr. 1'200.– Wohnkosten Fr. 1'800.– Telefon/Internet/Radio Fr. 139.– Cablecom Fr. 28.– Hausrat-/Haftpflichtversicherung Fr. 52.– Krankenkasse (inkl. VVG) Fr. 412.–

- 15 - weitere Gesundheitskosten Fr. 140.– Auto Fr. 600.– auswärtige Verpflegung Fr. 60.– Steuern Fr. 440.– Total Fr. 4'871.–

E. 6.3

Zur Position Wohnkosten:

E. 6.3.1

Der Kläger beanstandet, dass die Vorinstanz im Bedarf der Beklagten neben den Hypothekarzinsen und Nebenkosten auch die Amortisation im Umfang von Fr. 433.00 pro Monat berücksichtigte (act. 2 S. 4 f.). Die Vorinstanz erwog dazu, es sei richtig, dass die Amortisation der Vermögensbildung diene. Da die Parteien aber gemeinsam zu laufenden Amortisationszahlungen verpflichtet seien und da sie in der Lage seien, diese Zahlungen aufzubringen, sei es sinnvoll, die geschuldeten Zahlungen im Bedarf zu berücksichtigen. Dabei sei es einfacher, wenn die Beklagte alleine für die Amortisationszahlungen verantwortlich sei, da sie auch für die Zinszahlung zu sorgen habe (act. 6 S. 11).

E. 6.3.2

Das Vorgehen der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Die Parteien haben sich vertraglich zur Leistung von Amortisationszahlungen verpflichtet (act. 5/19/6). Wie nachfolgend noch gezeigt wird, resultiert aus der Bedarfs- und Einkommensberechnung der Parteien auch unter Berücksichtigung der Amortisation ein angemessener Freibetrag. Die finanziellen Verhältnisse der Parteien erlauben daher die Amortisation, an der beide Parteien als je hälftige Miteigentümer der Liegenschaft (act. 5/22/8) ein Interesse haben. In einer solchen Konstellation ist die Berücksichtigung der Amortisation im Bedarf zulässig (Maier, a.a.O., S. 1233). Dass die Amortisationszahlungen dabei im Bedarf derjenigen Partei eingesetzt wurden, welche die Liegenschaft bewohnt, entspricht der Praxis (Maier, a.a.O., S. 1233). Nach den massgeblichen Hypothekarverträgen sind beide Parteien bei beiden Verträgen Darlehensnehmer, so dass die Pflicht zur Leistung der Amortisation beide Parteien gleichermaßen betrifft (act. 5/19/6). Vor diesem Hintergrund ist nicht entscheidend, dass die Parteien in den Hypothekenofferten vom 4. August 2010 die Amortisationszahlung an die eine Hypothek im Betrag von Fr. 300.00 als "zu Lasten B. _____", diejenige an die andere Hypothek von

- 16 - Fr. 4'000.00 (je vierteljährlich) als "zu Lasten A. _____" bezeichneten (act. 4/3-4). Bei dieser internen Regelung, welche die Parteien auch der aussergerichtlichen Trennungsvereinbarung vom 30. Oktober 2009 zugrunde legten, hätte man es zwar auch belassen können. Die Vorinstanz hat die Amortisationen nach dem Gesagten davon abweichend zugeteilt, aber nur intern im Verhältnis zwischen den Parteien, um der Einfachheit halber alle Zahlungen betreffend die Liegenschaft bei einer Partei zu vereinen. Das ist nicht zu beanstanden. Für den Kläger ist die Vorgehensweise der Vorinstanz nicht von Nachteil. Er bezahlt zwar ein Mehr an Unterhaltsbeiträgen, ist aber dafür zu einem Weniger an Amortisationszahlungen verpflichtet – nach aussen gegenüber der Bank bleibt der Kläger zwar weiterhin verpflichtet, aber intern hat die Beklagte diese Pflicht zu erfüllen. Dies gilt seit der Zustellung des angefochtenen Entscheids über vorsorgliche Massnahmen (die Berufung dagegen hat von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung, Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO, und der Kläger stellte keinen Antrag auf deren Erteilung). Zweifel daran, dass die Beklagte die Zahlungen nach Erhalt der entsprechenden Unterhaltsbeiträge tatsächlich erbringen würde, hat der Kläger nicht geäussert.

E. 6.3.3

Nebenbei bemerkt, ist die Bezahlung der Amortisation durch die Beklagte auch güter- bzw. vermögensrechtlich für den Kläger nicht nachteilig: Aus der Getrenntlebensvereinbarung der Parteien ergibt sich, dass die Parteien unter dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung leben (act. 5/3 S. 2 Ziff. 9). Die güterrechtliche Auseinandersetzung richtet sich mit Blick auf den Bestand des ehelichen Vermögens nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Stellung des Scheidungsbegehrens (Art. 204 Abs. 2 ZGB). Veränderungen des Vermögensstandes in der Zeit danach, und somit auch während der Dauer des Scheidungsverfahrens, sind güterrechtlich nicht mehr relevant (anders wäre es mit Wertveränderungen bestimmter Vermögensgegenstände, vgl. Art. 214 Abs. 1 ZGB). Diesbezüglich sind die Parteien daher wie gewöhnliche Dritte zu behandeln bzw. sind die allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts für allfällige vermögensrechtliche Ansprüche massgeblich. Was die Bezahlung der Amortisation angeht,

- 17 - ist auf Basis der Hypothekarverträge (act. 5/19/6) von solidarischer Haftung der Parteien nach Art. 143 Abs. 1 OR auszugehen. Aus dem vorliegenden Entscheid über die

Unterhaltsbeiträge mit der darin enthaltenen Bedarfsrechnung ergibt sich, dass der Kläger der Beklagten die für die Bezahlung der Amortisation erforderlichen Mittel zur Verfügung stellt. Die Beklagte wäre offenkundig mit ihrem eigenen Einkommen dazu nicht in der Lage. Mit Blick auf Art. 148 Abs. 2 OR werden die Zahlungen daher als Zahlungen des Klägers zu betrachten sein. Die damit verbundene, aus dem Einkommen des Klägers stammende (und keine Errungenschaft mehr darstellende) Vermögensbildung durch Schuldtilgung geht entsprechend zugunsten des Klägers.

E. 6.4

Zur Position weitere Gesundheitskosten:

E. 6.4.1

Die Vorinstanz erwog, auf der Seite des Klägers habe die Beklagte den Kostenanteil von Fr. 832.15 gemäss der Abrechnungen der G._____ für das Jahr 2011 von auf den Monat umgerechnet Fr. 69.00 anerkannt, obwohl die Zusammenstellung nichts über den Gegenstand der vom Kläger vorgelegten Rechnungen aussage und der Kläger diese auch nicht kommentiert habe. Die Beklagte habe ihrerseits glaubhaft gemacht, dass sie unter ernsthaften gesundheitlichen Problemen leide und dass ihr daraus erhebliche Kosten entstehen würden. Für das Jahr 2012 müsse damit gerechnet werden, dass die Kosten der kassenpflichtigen Therapien die Franchise von Fr. 1'000.00 übersteigen würden. Zudem sei der Beklagten – wie auch dem Kläger – zuzugestehen, dass sie hin und wieder auch nichtkassenpflichtige Medikamente bzw. Therapien in Anspruch nehme. Der geltend gemachte Betrag von Fr. 140.00 sei daher einzusetzen (act. 6 S. 11 f.).

E. 6.4.2

Der Kläger hält dem entgegen, die Beklagte habe für das Jahr 2011 lediglich ungedeckte Gesundheitskosten von Fr. 18.00 pro Monat belegt (vgl. act. 5/19/22). Dass die Beklagte auf Seiten des Klägers Fr. 69.00 an ungedeckten Gesundheitskosten anerkannt habe, begründe keinen Anspruch, bei ihr unter die-

- 18 - sem Titel Fr. 140.00 einzusetzen. Ausgewiesen seien lediglich die erwähnten Fr. 18.00 (act. 2 S. 5).

E. 6.4.3

Die Vorinstanz hat einlässlich begründet, gestützt auf welche von der Beklagten vorgelegten Belege sie davon ausging, dass die Beklagte an ernsthaften gesundheitlichen Problemen leide, die zu erheblichen Kosten führen würden (act. 6 S. 12). Damit setzt sich der Kläger nicht auseinander. Die von der Vorinstanz genannten Dokumente der Beklagten betreffen überwiegend Behandlungen im Jahr 2012 (act. 5/19/3, 5/27/1). Der blosser Hinweis des Klägers auf die (tieferen) belegten Gesundheitskosten der Beklagten im Jahr 2011 vermag den Anforderungen an die Begründung der Berufung daher nicht zu genügen. Im Übrigen ist der Entscheid der Vorinstanz über die Berücksichtigung der Gesundheitskosten auch inhaltlich nicht zu beanstanden: Aus den genannten Belegen der Beklagten ergeben sich bereits per Mitte Juli 2012, d.h. für etwas mehr als die erste Jahreshälfte 2012, ungedeckte Kosten in der Höhe von rund Fr. 1'200.00 für die Behandlung durch die Psychologin H._____. Bis wann diese ärztlich delegierte Behandlung weitergeführt wurde, war zum erwähnten Zeitpunkt noch nicht bekannt (act. 5/27/1). Immerhin brachte der Kläger seinerseits keine substantiierten Tatsachenbehauptungen zum Ende der Behandlung vor, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass jedenfalls noch

weitere Kosten entstanden. Der berücksichtigte Betrag von Fr. 140.00 monatlich erscheint daher nicht angemessen.

E. 6.5

Zur Position Arbeitsweg bzw. Auto:

E. 6.5.1

Die Vorinstanz berücksichtigte im Bedarf der Beklagten bei den Fahrtkosten das Auto der Beklagten, weil es ihr angesichts der guten finanziellen Verhältnisse und der umständlichen Verbindungen des öffentlichen Verkehrs nicht zuzumuten sei, mit Bahn und Bus zur Arbeit zu fahren. Ein Auto gehöre zum Lebensstandard der Parteien, zumal auch der Kläger über eines verfüge. Die Beklagte habe glaubhaft gemacht, dass sie mit durchschnittlichen monatlichen Autokosten von Fr. 600.00 rechnen müsse. Zu den Autokosten des Klägers erwog die Vorinstanz, die von ihm bezogenen Spesen von monatlich Fr. 739.00 im Durch-

- 19 - schnitt des Jahres 2011 würden neben den Fahrten während der Arbeit die weiteren Kosten seines Autos (Versicherungen, Gebühren, Service, Abschreibung) decken. Nicht mittels Spesen entschädigt sei lediglich der Arbeitsweg des Klägers an den Tagen, an welchen er von seinem Wohnort zu seinem Arbeitsort in Zürich fahren müsse. Dazu sei es gemäss den Angaben des Klägers zur Steuererklärung im Jahr 2011 an 103 Tagen gekommen. Für die entsprechenden wenigen Kilometer würden variable Kosten, namentlich Benzinkosten anfallen, für welche monatlich Fr. 100.00 einzusetzen seien (act. 6 S. 9 f., 12 f.).

E. 6.5.2

Der Kläger hält dem entgegen, er habe von I._____ nach Zürich einen Arbeitsweg von je 23,8 km, an 103 Tagen jeweils also 47,6 km, was einem Total von jährlich 4'903 km entspreche. Die Äusserung der Vorinstanz, für die "wenigen Kilometer", welche er auf dem Arbeitsweg zurücklege, reichen Fr. 100.00 als "Benzingeld" aus, sei angesichts der erwähnten rund 4'900 km jährlich unhaltbar. Die Vorinstanz sei offenbar von einem kürzeren Arbeitsweg von I._____ nach J._____ ausgegangen, gestützt auf die Angabe der Beklagten am Schluss der Verhandlung vor Vorinstanz (Vi-Prot. S. 14). Dies sei willkürlich. Die Berücksichtigung von Fahrtkosten von Fr. 100.00 pro Monat erweist sich indes auch gestützt auf die Schilderung des Klägers als angemessen: Vor Vorinstanz wurde belegt, dass der Kläger im Jahr 2011 im Schnitt monatlich Fr. 739.00 an Kilometerspesen erhält (act. 5/11/1). Der Kläger macht selber nichts Abweichendes geltend. Er beanstandet den eingesetzten Betrag von Fr. 100.00 pro Monat einzig unter Hinweis auf den von der Vorinstanz seiner Ansicht nach zu kurz eingeschätzten Arbeitsweg bzw. auf die entsprechend höheren Benzinkosten ausgehend von jährlich 103 Tagen, an welchen er das Benzin für den Arbeitsweg selber zu finanzieren habe. Dabei ist bei einem vorsichtig geschätzten Verbrauch von 10 Litern pro 100 Kilometer für die vom Kläger selber errechneten Distanzen von einem Benzinbedarf von jährlich rund 500 Litern auszugehen. Ausgehend von Benzinkosten von, ebenfalls vorsichtig geschätzt, Fr. 1.80 pro Liter entstehen damit jährlich Kosten von Fr. 900.00 oder monatlich Fr. 75.00. Weitere ungedeckte Autokosten hat der Kläger nicht im Ansatz substantiiert. Vielmehr blieb unbestritten, dass die übrigen Autokosten, insb. Gebühren, Service

- 20 - und Versicherungen, durch die verhältnismässig hohen Spesenentschädigungen abgedeckt werden. Dies erscheint umso mehr naheliegend, als bereits die Spesenentschädigungen das Maximum von Fr. 600.00 deutlich übersteigt, welches gemäss nach Ziffer III./3.4/e des erwähnten Kreisschreibens monatlich zu berücksichtigen wäre. Die Berücksichtigung von Fr. 100.00 pro Monat ist somit nicht unangemessen, sondern angesichts der hohen Spesenentschädigungen sogar eher grosszügig gegenüber dem Kläger.

E. 6.5.3

Angemessen sind sodann auch die Fr. 600.00, welche die Vorinstanz im Bedarf der Beklagten berücksichtigte. Dafür, dass die Vorinstanz gestützt auf die von der Beklagten eingereichte Routenplanung (act. 5/19/27) fälschlicherweise von einem zu langen Arbeitsweg nach ... ausgegangen wäre, gibt es entgegen dem Kläger (act. 2 S. 6) keine Anzeichen. Die Vorinstanz ist nicht etwa davon ausgegangen, die Beklagte arbeite stets in der Vielmehr verweist die Vorinstanz auf den Arbeitsweg der Beklagten nach ... bzw. ... (vgl. act. 6 S. 12). Die Schilderung des Klägers weicht nicht wesentlich davon ab: nach dem Kläger arbeitet die Beklagte "vorwiegend" in der Mensa am Standort ... und wird "gelegentlich" für Arbeitseinsätze in der Mensa ... eingesetzt (act. 2 S. 6). Der bei der Beklagten eingesetzte Betrag entspricht dem Maximum, welches gemäss dem erwähnten Kreisschreiben unter dem Titel Autokosten berücksichtigt werden kann. Dies entspricht dem Gleichbehandlungsgrundsatz, da der Kläger unter Berücksichtigung der Spesenentschädigung ebenfalls über einen grosszügigen Betrag für die Deckung der Autokosten verfügt. Dass bei den (nach dem Kläger) praktisch gleich langen Arbeitswegen der Parteien (act. 2 S. 6) in der Bedarfsrechnung die erwähnten, unterschiedlichen Beträge figurieren, ist mit Blick auf die Spesenentschädigungen des Klägers nicht zu beanstanden. Dass die Beklagte auch eine Spesenentschädigung erhalte, ist nicht ersichtlich und wird auch vom Kläger nicht geltend gemacht.

E. 6.6

Steuern: Die Vorinstanz berücksichtigte beim Kläger wie gesehen für Steuern einen Betrag von Fr. 650.00 pro Monat (act. 6 S. 9 f.). Der Kläger macht einen höheren

- 21 - Betrag einzig unter Hinweis auf die nach seinem Antrag tieferen Unterhaltsbeiträge geltend (act. 2 S. 6). Nach dem Gesagten ist indessen an den Bedarfs- und Einkommenszahlen der Parteien gemäss dem angefochtenen Entscheid festzuhalten. Dies führt zur Bestätigung des von der Vorinstanz festgelegten Unterhaltsbeitrags (vgl. nachfolgend II./7.). Für die Einsetzung eines höheren Betrages für die Steuern gibt es daher keine Veranlassung.

E. 6.7

Weitere Bedarfspositionen sind nicht beanstandet worden.

E. 7

Zusammenfassung:

E. 7.1

Nach dem Gesagten bleibt es bei der vorinstanzlichen Berechnung der Unterhaltsbeiträge. Ausgehend von einem Bedarf der Parteien von Fr. 9'187.00 (Fr. 4'316.00 und Fr. 4'871.00) und einem Gesamteinkommen von Fr. 11'541.00 (Fr. 8'780.00 und Fr. 2'761.00) ergibt sich ein Freibetrag von Fr. 2'354.00. Diesen hat die Vorinstanz den Parteien je hälftig zugeteilt

(act. 6 S. 13).

E. 7.2

Der Kläger anerkennt für das Jahr 2012 die hälftige Freibetragsteilung. Lediglich für die Zeit ab 2013, für welche er der Beklagten ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'700.00 pro Monat anrechnen will, legt er eine davon abweichende Verteilung nahe, verbunden mit dem Hinweis, der Beklagten würden keine höheren Unterhaltsbeiträge zustehen als sie benötige, um ihren gelebten Lebensstandard zusammen mit dem eigenen Arbeitserwerb aufrechterhalten zu können (act. 2 S. 7, act. 5/25/2). Nach dem vorliegenden Entscheid wird indessen auch für die Zeit nach dem 1. Januar 2013 und für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens vom aktuellen Einkommen der Beklagten ausgegangen (vgl. vorne II./5.). Dass die Beklagte bei hälftiger Freibetragsteilung ausgehend davon (bei einem Einkommen von Fr. 2'761.00) mehr erhalten würde als sie zur Deckung ihres gelebten Lebensstandards benötigt, hat der Kläger nicht geltend gemacht. An der hälftigen Freibetragsteilung ist daher festzuhalten.

E. 7.3

Somit ergibt sich ausgehend vom Bedarf der Beklagten von wie gesehen Fr. 4'871.00 unter Hinzurechnung ihres Freibetragsanteils von Fr. 1'177.00

- 22 - und nach Abzug ihres Einkommens von Fr. 2'761.00 ein Unterhaltsbeitrag – wie von der Vorinstanz berechnet – von Fr. 3'287.00. Die Berufung des Klägers erweist sich damit als unbegründet. Sie ist entsprechend in Bestätigung des angefochtenen Entscheids vollumfänglich abzuweisen. III.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.