

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY170007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss und Urteil vom 23. März 2017

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung - Einzelgericht, vom 24. Januar 2017 (FE160519-L)

Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 24. Januar 2017:

1. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für die Dauer des Scheidungsverfahrens persönliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
 - CHF 2'180.– pro Monat rückwirkend ab 1. August 2016
 - CHF 4'310.– pro Monat ab 1. Februar 2017
 - CHF 3'875.– pro Monat ab 1. September 2017Die Unterhaltsbeiträge sind an die Beklagte zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
2. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 1 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:
 - Erwerbseinkommen Kläger (bei einer Erwerbstätigkeit von 100%, exklusive Bonus/variables Einkommen): CHF 9'104.15 netto;
 - Erwerbseinkommen Beklagte:
 - von August bis Dezember 2016 (inkl. 13. Monatslohn, bei einer Erwerbstätigkeit von 5-15%): CHF 345.– netto;
 - ab 1. Januar 2017 (hypothetisches Einkommen, inkl. 13. Monatslohn, bei einer Erwerbstätigkeit von 20%): CHF 764.80 netto;
 - ab 1. September 2017 (hypothetisches Einkommen, inkl. 13. Monatslohn, bei einer Erwerbstätigkeit von 40%): CHF 1'500.–.
 - Vermögen Kläger: CHF 153'309.30;
 - Vermögen Beklagte: CHF 94'000.–;
 - Bedarf Kläger: CHF 4'931.10;
 - Bedarf Beklagte: CHF 5'072.80.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen CHF 5'000.– zu bezahlen.
4. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
5. [Schriftliche Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

Berufungsanträge:

- "1. Es sei die Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. Januar 2017 (Geschäfts Nr. FE160519) aufzuheben und es sei der Kläger und Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Beklagten und Berufungsklägerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens persönliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von CHF 6'885.00 zu leisten;

Eventualiter sei die Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. Januar 2017 (Geschäfts Nr. FE160519) aufzuheben und es sei der Kläger und Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Beklagten und Berufungsklägerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens persönliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von CHF 5'600.00 zu leisten;

Subeventualiter sei die Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. Januar 2017 (Geschäfts Nr. FE160519) aufzuheben und es sei der Kläger und Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Beklagten und Berufungsklägerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens persönliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von CHF 4'880.00 zu leisten;

Es sei der Kläger und Berufungsbeklagte berechtigt zu erklären, die von ihm seit dem 1. August 2016 geleisteten Akontozahlungen an den Unterhalt der Beklagten und Berufungsklägerin in Anrechnung zu bringen;

2. Es sei die Ziff. 2 der Verfügung vom 24. Januar 2017 Geschäfts (Nr. FE160519) aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziff. 1 auf nachfolgenden Berechnungsgrundlagen basieren:

Erwerbseinkommen Kläger (bei einer Erwerbstätigkeit von 100%)
CHF 14'135.00 netto

Erwerbseinkommen der Beklagten ab 1. August 2016 für die Dauer des Getrenntlebens CHF 250.00 netto

Liquides Vermögen Kläger: CHF 153'309.30

Liquides Vermögen Beklagte: CHF 0.00

Bedarf Kläger: CHF 4'931.10

Bedarf Beklagte: CHF 5'616.00

3. Es sei die Ziff. 3 der Verfügung vom 24. Januar 2017 aufzuheben und es sei der Kläger und Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Klägerin [recte: Beklagten] einen Prozesskostenvorschuss für das erstinstanzliche in der Höhe von CHF 10'000.00 zu bezahlen;

Eventualiter sei die Ziff. 3 der Verfügung vom 24. Januar 2017 aufzuheben und sei der Beklagten und Berufungsklägerin im Umfang der vom Prozesskostenvorschuss sowie der bis anhin geleisteten Akontozahlungen an das Honorar die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu gewähren;

alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. a) Die Parteien sind seit tt. Oktober 2004 verheiratet; sie haben keine gemeinsamen Kinder (Vi-Urk. 9). Sie leben seit dem 8. Oktober 2012 getrennt (Vi-Prot. S. 4 f.). Am 7. Juli 2016 ging beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) die Scheidungsklage des Klägers ein (Vi-Urk. 1); die Beklagte bestritt zwar den Scheidungsgrund, stimmte einem gemeinsamen Scheidungsbegehren aber zu (Vi-Prot. S. 4-6). Beide Parteien haben Massnahmegesuche gestellt (Vi-Urk. 1, 4, 17, 18, Vi-Prot. S. 19); am 13. Oktober 2016 fand (auch) die Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen statt (Vi-Prot. S. 3, S. 7-48). Am 24. Januar 2017 fällte die Vorinstanz den Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen (Vi-Urk. 36 = Urk. 2; Dispositiv eingangs wiedergegeben).

b) Hiergegen hat die Beklagte am 17. Februar 2017 fristgerecht (vgl. Vi-Urk. 37/2) Berufung erhoben und die eingangs aufgeführten Berufungsanträge gestellt (Urk. 1 S. 2 f.).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist (vgl. nachfolgende Erwägungen), kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Dazu gehört, dass die Berufung sich im Einzelnen mit der Begründung des angefochtenen Entscheids auseinanderzusetzen hat. Zwar herrscht im Berufungsverfahren nicht das Rügeprinzip (d.h. es werden nicht nur die geltend gemachten Rügen geprüft); jedoch muss die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – nicht von sich aus auf weitere mögliche Mängel untersuchen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 311 N 36). Auf die Parteivorbringen ist schliesslich (nur) insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.Hinw.).

b) Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen lediglich beschränkt zulässig. Zulässig sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel, welche kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, welche erstinstanzlich der Untersuchungsmaxime unterstehen, denn eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren ist abzulehnen, da die im Gesetz eigens vorgesehene spezielle Regelung von Art. 317 ZPO vorgeht (BGE 138 III 625 E. 2.2).

3. Im Berufungsverfahren umstritten ist die Höhe des Unterhaltsbeitrags für die Beklagte (dabei: Einkommen beider Parteien, Bedarf der Beklagten; nachfolgend Erw. 4-8) sowie die Höhe des der Beklagten für das Scheidungsverfahren zugesprochenen Prozesskostenvorschusses (unten Erw. 9).

4. Zum Unterhaltsanspruch als solchem erwog die Vorinstanz zusammengefasst, die Ehe der Parteien bestehe seit zwölf Jahren, womit nicht von einer nicht lebensprägenden Ehe gesprochen werden könne, und die Parteien hätten vor ihrer Heirat 17 Jahre im Konkubinat gelebt; die Beklagte habe daher Anspruch auf Fortführung der ehelichen Lebenshaltung und auf Zusprechung von Unterhalt während des Scheidungsverfahrens (Urk. 2 S. 6-10). Nachdem der Kläger keine eigene Berufung erhoben hat, ist dies für das vorliegende Massnahmeverfahren nicht weiter zu prüfen.

5. a) Zum *Einkommen des Klägers* erwog die Vorinstanz, dieser habe seine frühere Arbeitsstelle (mit einem Einkommen von Fr. 13'000.-- brutto, zuzüglich Bonus und 13. Monatslohn) im April 2016 gekündigt und erziele seit August 2016 an seiner neuen Arbeitsstelle ein Einkommen von Fr. 11'000.-- brutto bzw. Fr. 9'104.45 netto pro Monat; dazu komme allenfalls ein nicht garantierter Bonus von unbekannter Höhe (ein 13. Monatslohn wird nicht ausbezahlt). Der Kläger habe glaubhaft dargelegt, dass die Kündigung nicht aus freien Stücken erfolgt sei, sondern dass dafür gesundheitliche Probleme (erhöhte Gefahr eines Burnouts, Schlafstörungen, Erschöpfungszustände) aufgrund der Situation bei der früheren Arbeitgeberin (schlechtes Arbeitsklima, drohender Konkurs, viele Auslandeinsätze) ausschlaggebend gewesen seien. Der Kläger habe auch glaubhaft dargetan,

dass die Suche einer Arbeit mit gleichem Einkommen schwierig gewesen sei angesichts seines Alters und des Umstands, dass er 17 Jahre bei der alten Arbeitgeberin angestellt gewesen sei. Zur von der Beklagten vage behaupteten Freelancertätigkeit des Klägers habe dieser nachvollziehbar erklärt, dass solche Arbeiten für die alte Arbeitgeberin im Auftrag seiner neuen Arbeitgeberin geschehen würden und er hierfür keine zusätzliche Entlohnung erhalte. Dem Kläger sei damit ein Einkommen von Fr. 9'104.45 anzurechnen (Urk. 2 S. 11-13). Einen allfälligen Bonus berücksichtigte die Vorinstanz bei der Mankoverteilung (Urk. 2 S. 20 f.).

b) Die Beklagte macht berufsweise vorab geltend, der Kläger habe nicht glaubhaft gemacht, dass er seine frühere Arbeitsstelle nicht böswillig aufgegeben und die Einkommensverminderung nicht mutwillig in Kauf genommen habe. Es sei zu vermuten, dass die Äusserungen des Klägers zur finanziellen Situation bei der früheren Arbeitgeberin zumindest stark übertrieben seien oder dass er entsprechende Unterlagen seiner bisherigen Arbeitgeberin hätte beibringen können; wenn es der früheren Arbeitgeberin wirklich schlecht gegangen wäre, wäre zu vermuten, dass diese die Löhne angepasst hätte, was aber nicht der Fall gewesen sei (Urk. 1 S. 5).

Soweit die Beklagte blosse Vermutungen aufstellt, genügt sie den Anforderungen an die Berufungsbegründung (oben Erw. 2.a) nicht und ist darauf nicht weiter einzugehen. Ohnehin ist es abwegig, dass der Kläger Unterlagen zur schlechten finanziellen Situation seiner früheren Arbeitgeberin hätte beibringen können, denn keine Firma gibt ihren Arbeitnehmern solche Unterlagen.

c) Die Beklagte macht sodann geltend, es sei auch an den gesundheitlichen Problemen zu zweifeln; der Kläger habe im Jahr 2004 ein Burnout gehabt und sich von diesem wieder erholt, sodass er danach weder die Arbeitsstelle noch die Funktion im Unternehmen habe ändern müssen (Urk. 1 S. 5 f.).

Die Beklagte räumt damit ein, dass nach einem Burnout des Klägers im Jahr 2004 keine Veränderungen in der Arbeitssituation stattgefunden haben. Es darf jedoch als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, dass nach einem Burnout ohne erhebliche Veränderung der Lebens- und insbesondere Arbeitssituation ein

erneutes Burnout nur eine Frage der Zeit ist. Damit ist vorliegend die Gefahr eines (erneuten) Burnouts und sind mithin gesundheitliche Gründe für den erfolgten Stellenwechsel schon durch die Vorbringen der Beklagten ausgewiesen.

d) Die Beklagte macht weiter geltend, der Kläger habe auch seine Suchbemühungen nicht substantiiert, sondern sich bloss auf pauschale Vorbringen beschränkt, die von jedem über 50-Jährigen vorgetragen werden könnten; es sei anzunehmen, dass er der Vorinstanz bloss vorgegeben habe, ein paar Suchbemühungen gemacht zu haben. (Urk. 1 S. 6 f.).

Es ist notorisch, dass es für einen Arbeitnehmer, der über 50 Jahre alt ist und 17 Jahre an der gleichen Stelle war, generell schwierig ist, überhaupt eine neue Stelle zu finden (ganz zu schweigen von einer gleich gut entlöhnten), und die Beklagte bringt nichts vor, wieso dies vorliegend anders sein sollte. Ohnehin überzeugt insbesondere schon das Vorbringen des Klägers, dass die gute Entlohnung an der früheren Arbeitsstelle nur mit einem entsprechenden Arbeitseinsatz möglich war und ein solcher eben die Gefahr eines erneuten Burnouts mit sich brachte. Dass die Beklagte, die seit vielen Jahren auf eine einkommensmässige Ausschöpfung ihrer Arbeitskraft verzichtet, dem Kläger vorwirft, keinen höheren Arbeitseinsatz leisten zu wollen (Urk. 1 S. 6), ist befremdlich.

e) Die Beklagte macht schliesslich geltend, die Vorinstanz hätte beim Einkommen des Beklagten einen variablen Lohnbestandteil (Bonus) berücksichtigen müssen. Es sei lebensfremd, dass der Kläger keine Ahnung habe, in welcher Höhe er einen Bonus zu erwarten habe; das Fehlen konkreter Angaben deute vielmehr darauf hin, dass dieser so hoch sein werde, dass der Kläger zumindest sein bisheriges Einkommen erziele. Dem Kläger sei daher das frühere Einkommen von Fr. 14'135.-- pro Monat anzurechnen (Urk. 1 S. 7 f.).

Dass ein Bonus beim Einkommen zu berücksichtigen ist, ist korrekt. Ebenso korrekt ist, dass die Vorinstanz dies vorliegend nicht (direkt) getan hat, was darauf zurückzuführen ist, dass nicht substantiiert dargetan wurde, dass und in welcher Höhe ein solcher überhaupt anfällt (bei der vorliegenden, im April 2016 begründeten Arbeitsstelle wurde noch gar kein Bonus ausbezahlt). Im Übrigen hat die Vor-

instanz dennoch indirekt einen Bonus eingerechnet, indem sie das aus der Unterhaltsberechnung resultierende Manko dem Kläger anlastete, mit der Begründung, dass dieser dasselbe mit seinem Vermögen oder einem allfälligen Bonus zu tragen habe (Urk. 2 S. 20). Dies stellt an sich insofern eine unrichtige Rechtsanwendung dar, als die Vorinstanz bei beiden Parteien die Steuerbetreffnisse im Bedarf berücksichtigt hat (Urk. 2 S. 16 und 19), jedoch die Steuern nicht im Bedarf zu berücksichtigen sind, wenn damit ein Manko resultiert (bzw. nur in dem Mass zu berücksichtigen sind, dass kein Manko resultiert; BGE 140 III 337 E. 4). Da dies jedoch auf das Ergebnis des Berufungsverfahrens keinen Einfluss hat, erübrigt sich eine Korrektur. Im Übrigen bleibt die Beklagte auch in diesem Punkt bei Vermutungen und Allgemeinplätzen; es ist, wie erwähnt, nicht konkret dargetan, welche Höhe der variable Lohnbestandteil des Klägers haben soll.

f) Nach dem Gesagten bleibt es dabei, dass der Kläger aus gesundheitlichen Gründen eine neue Arbeitsstelle mit einem tieferen Einkommen angenommen hat. Letztlich ist dies jedoch ohnehin nicht entscheidend, denn das vorliegende Massnahmeverfahren ist – auch wenn zuvor Unterhaltsbeiträge auf Basis einer aussergerichtlichen Vereinbarung (Vi-Urk. 11/9) bezahlt wurden – kein Verfahren auf Abänderung von gerichtlich festgesetzten Unterhaltsbeiträgen (nur in einem solchen wäre eine freiwillige Einkommensreduktion grundsätzlich unbeachtlich), sondern ein solches auf originäre Festsetzung der Unterhaltsbeiträge; hierbei ist grundsätzlich – auch nach einer freiwilligen Einkommensreduktion – von den tatsächlichen Einkünften auszugehen und ein hypothetisches Einkommen nur dort anzurechnen (nach einer angemessenen Übergangsfrist), wo dessen Erzielung möglich und zumutbar ist. Solches wurde nicht dargetan. Es bleibt damit beim Einkommen des Klägers, wie es die Vorinstanz angerechnet hat.

6. a) Zum *Einkommen der Beklagten* erwog die Vorinstanz, diese sei heute 62 Jahre alt, habe bis 1998 als Arztsekretärin gearbeitet und sich dann als Künstlerin selbständig gemacht. Bis 2005 habe sie noch als freie Mitarbeiterin in der Chirurgie gearbeitet und sich seither ganz der Kunst gewidmet, ohne ein Einkommen zu erzielen. Seit Ende 2014 arbeite sie als Seniorenbetreuerin. Die Beklagte selbst gehe trotz psychologischer Probleme von einer Arbeitsfähigkeit aus;

sie habe von Januar bis September 2016 mit zwei Stunden pro Woche ein Nettoeinkommen von durchschnittlich Fr. 191.20 erzielt. Nach eigenen Angaben sei ab November 2016 eine Aufstockung auf sechs Stunden pro Woche möglich (was einem Einkommen von Fr. 573.60 entspreche); ab Januar 2017 wolle sie acht Stunden pro Woche arbeiten, was einem Pensum von 20 % und einem Nettoeinkommen von Fr. 764.80 entspreche. Die Beklagte befinde sich nach eigenen Angaben in einer beruflichen Aufbauphase und wolle einen SRK-Kurs zur Pflegehelferin absolvieren. Unter Berücksichtigung ihres Alters, der mangelnden Berufserfahrung und der effektiven Berufssituation sei es nicht angemessen, der Beklagten bereits ab Januar 2017 ein höheres Pensum als die angestrebten 20 % anzurechnen. Es sei ihr aber zuzumuten, ab September 2017 (nach Abschluss der Ausbildung) einen weiteren Tag und somit 40 % zu arbeiten; ab dann sei von einem hypothetischen Einkommen von Fr. 1'500.-- auszugehen (Urk. 2 S. 13-16).

b) Die Beklagte macht berufsweise geltend, die Vorinstanz habe ihr zu Unrecht ein hypothetisches Einkommen angerechnet. Für den SRK-Kurs zur Pflegehelferin sei sie noch nicht angemeldet, da noch kein solcher zustande gekommen sei; daher sei unsicher, ob sie diese Ausbildung bis im Herbst 2017 abgeschlossen haben werde. Selbst wenn, werde sie dann rund 63 Jahre alt sein und werde jenes Zertifikat ihr berufliches Fortkommen daher nicht fördern. Sie werde auch keine Vollzeitstelle erhalten, weshalb nicht auf den Lohn für Vollzeitangestellte abzustellen sei (Urk. 1 S. 8 f.).

Das Vorbringen der Beklagten, dass der SRK-Kurs ihr beruflich nichts bringe, steht im Widerspruch dazu, dass sie dafür Zeit und Geld investieren will. Dass noch kein Kurs "zustande gekommen" sei (und sie deshalb noch nicht angemeldet sei), stellt eine blosser Parteibehauptung dar und ist nicht durch Belege glaubhaft gemacht. Das Vorbringen, dass nicht auf den Lohn für eine Vollzeitstelle abzustellen sei, geht ins Leere, denn die Vorinstanz hat nicht den Lohn für eine Vollzeitstelle angerechnet, sondern nur denjenigen, der dem für die Beklagte unter Berücksichtigung ihres Alters und der weiteren Umstände als zumutbar erachteten Pensum entspricht.

c) Die Beklagte macht berufungsweise weiter geltend, bis jetzt sei ihr kein höheres Pensum zugewiesen worden; im November 2016 sei ihr Pensum auf sechs Stunden pro Woche aufgestockt worden, im Januar 2017 habe ihr Einkommen aber nur Fr. 73.75 betragen, statt dem von der Vorinstanz angerechneten von Fr. 764.80. Auch das Einkommen der Monate November und Dezember 2016 sei nicht konstant gewesen (Fr. 424.-- und Fr. 640.40). Die Vorinstanz habe diesen Schwankungen nicht Rechnung getragen (Urk. 1 S. 9 f.).

Die Beklagte selbst räumt ein, dass ihr Einkommen nicht konstant ist, sondern von Monat zu Monat unterschiedlich hoch. Dass ihr Einkommen in einzelnen Monaten nicht dem Lohn entspricht, den die Vorinstanz ihr im Sinne eines Durchschnitts angerechnet hat, vermag daher die entsprechenden vorinstanzlichen Erwägungen nicht zu erschüttern (so hat sie im Dezember 2016 Fr. 640.40 verdient und damit mehr als die für diesen Monat vorinstanzlich angerechneten Fr. 573.60).

d) Die Beklagte macht berufungsweise schliesslich geltend, sie könne das vorinstanzlich angerechnete hypothetische Einkommen niemals erzielen. Bei ihrer Arbeitgeberin trage sie das Risiko, dass z.B. eine von ihr betreute Person Ferien mache. Es sei ihr daher ein durchschnittliches Einkommen von Fr. 250.-- pro Monat anzurechnen. Sie habe über 15 Jahre hinweg als Künstlerin gearbeitet, sei über 62 Jahre alt und habe in einer neuen Branche den Einstieg für eine Beschäftigung gesucht; es sei fraglich, ob ihr ein Wiedereinstieg ins Erwerbsleben überhaupt zumutbar sei (Urk. 1 S. 10 f.).

Beide Parteien, mithin auch die Beklagte, haben ihre Arbeitskraft gemäss ihren Möglichkeiten für den gebührenden Unterhalt der Familie einzusetzen (Art. 163 Abs. 1 ZGB). Die Vorinstanz hat das Alter der Beklagten und die weiteren von ihr angeführten Umstände durchaus beachtet und mit nachvollziehbarer Begründung die Zumutbarkeit einer Ausdehnung der Erwerbstätigkeit bejaht (die Beklagte selber hatte schliesslich angegeben, dass sie sich in einer beruflichen Aufbauphase befinde; Vi-Prot. S. 41). Den entsprechenden, zu erwartenden Schwierigkeiten ist die Vorinstanz sodann mit der Ansetzung einer grosszügigen Über-

gangsfrist begegnet (Urk. 2 S. 15 f.). Auch beim Einkommen der Beklagten bleibt es damit bei der vorinstanzlich angerechneten Höhe.

7. a) Beim *Bedarf beider Parteien* ging die Vorinstanz von einem solchen von Fr. 4'931.10 beim Kläger und von Fr. 5'072.80 bei der Beklagten aus (Urk. 2 S. 16). Davon werden im Berufungsverfahren von der Beklagten in ihrem Bedarf folgende Positionen beanstandet:

b) Krankenkasse: Die Beklagte macht berufsungsweise geltend, die bisherige Prämienverbilligung ent falle seit Anfang 2017, wie schon vor Vorinstanz geltend gemacht; ohne Verbilligung würden die Krankenkassenprämien Fr. 648.15 betragen, statt wie von der Vorinstanz berücksichtigt Fr. 503.75 (Urk. 1 S. 11).

Die Vorinstanz hat erwogen, dass die Beklagte bisher eine individuelle Prämienverbilligung erhalten habe und dass ihr eine solche angesichts dessen, dass ihr tiefere Unterhaltsbeiträge als bisher (aufgrund einer aussergerichtlichen Vereinbarung bezahlte) zuzusprechen seien, auch in den Folgejahren erhalten werde (Urk. 2 S. 17). Diesen nachvollziehbaren Erwägungen setzt die Beklagte in ihrer Berufung eine blosse Behauptung entgegen (Urk. 4/5 kann novenrechtlich nicht berücksichtigt werden, vgl. oben Erw. 2.b), was nicht genügt.

c) Gesundheitskosten: Die Beklagte macht berufsungsweise geltend, sie habe vor Vorinstanz für ungedeckte Gesundheitskosten Fr. 300.-- sowie für Zahnarztkosten Fr. 100.-- geltend gemacht. Effektiv hätten die ungedeckten Gesundheitskosten im Jahr 2016 Fr. 1'672.40 bzw. rund Fr. 140.-- pro Monat betragen. Es sei daher der Durchschnitt der Kosten der Jahre 2015 von Fr. 300.-- und 2016 von Fr. 140.--, mithin Fr. 220.-- im Bedarf aufzunehmen (Urk. 1 S. 11 f.).

Die Vorinstanz hat erwogen, dass die Beklagte nicht ausgeführt habe, wieso ihr regelmässige Zahnarztkosten anfallen würden; dagegen habe sie ausgeführt, dass es ihr besser gehe, weshalb sich auch die Gesundheitskosten reduzieren würden. Daher seien ihr nur die vom Kläger anerkannten Fr. 80.-- pro Monat anzurechnen (Urk. 2 S. 19). Diesen nachvollziehbaren Erwägungen setzt die Beklagte in ihrer Berufung nichts entgegen; im Gegenteil bestätigt sie, dass die Ge-

sundheitskosten im Jahr 2016 um Fr. 160.-- pro Monat tiefer gewesen seien als im Jahr 2015. Wenn dies aufgrund der weiteren gesundheitlichen Besserung der Beklagten extrapoliert wird, sind die von der Vorinstanz berücksichtigten Fr. 80.-- pro Monat nicht zu beanstanden.

d) **Miete Lagerraum:** Die Beklagte macht berufsungsweise geltend, sie habe vor Vorinstanz für die Miete eines Lagerraums geschätzte Fr. 150.-- pro Monat geltend gemacht. Sie habe ihre Kunst nun seit Dezember 2016 im Lager ihres Shiatsu Therapeuten eingestellt und bezahle diesem dafür Fr. 100.-- pro Monat; einen Mietvertrag habe sie bis anhin zufolge der langjährigen Freundschaft nicht abgeschlossen. Die Überweisung der Fr. 100.-- gehe aus den eingereichten Bankbelegen hervor und dieser Betrag sei daher in ihrem Bedarf aufzunehmen (Urk. 1 S. 12 f.).

Die Kosten von Fr. 100.-- pro Monat für die Miete eines Lagerraums sind nicht ausgewiesen; der pauschale Verweis auf die "eingereichten Bankunterlagen" (gemeint wohl: Urk. 4/15-19) genügt nicht und es ist nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, in den Akten nach für eine Partei günstigen Vorbringen bzw. Belegen zu suchen. Dieser Betrag ist daher nicht im Bedarf der Beklagten zu berücksichtigen.

e) **Steuern:** Die Beklagte macht berufsungsweise geltend, der Betrag für die Steuern sei neu zu berechnen, wenn ihr Unterhaltsbeitrag neu berechnet werde (Urk. 1 S. 13).

Nachdem dies, wie gesehen, nicht der Fall ist, erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu.

f) Nach dem Gesagten bleibt es auch beim Bedarf beider Parteien bei den vorinstanzlich berücksichtigten Zahlen.

8. Demgemäss – Einkommen und Bedarf beider Parteien erfahren im Berufungsverfahren keine Änderung und die auf dieser Basis vorgenommene Unterhaltsberechnung der Vorinstanz (Urk. 2 S. 20-22) wird von der Beklagten nicht

beanstandet – erweist sich die Berufung der Beklagten hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge als unbegründet.

9. a) Zum *Prozesskostenvorschuss* für das Scheidungsverfahren erwog die Vorinstanz im Wesentlichen, die Beklagte verfüge zwar über ein Vermögen von Fr. 94'000.-- in Form von Bildern; dabei handle es sich jedoch um illiquide Vermögenswerte. Da die Beklagte kein weiteres Vermögen habe, sei sie bedürftig. Der Beklagte verfüge über ein Vermögen von rund Fr. 150'000.-- und sei damit in der Lage, im Rahmen seiner Beistandspflicht einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Die von der Beklagten verlangten Fr. 10'000.-- würden jedoch für das vorliegende Scheidungsverfahren im jetzigen Zeitpunkt als unangemessen erscheinen; dessen Schwierigkeit sei als mässig einzuschätzen und es habe bisher eine Verhandlung stattgefunden, weshalb einstweilen ein Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.-- zuzusprechen sei (Urk. 2 S. 23 f.).

b) Die Beklagte macht berufsungsweise geltend, es seien bereits bis zum angefochtenen Urteil – nach Abzug der Akontozahlungen der Beklagten von insgesamt Fr. 4'600.-- offene – Honorarforderungen von rund Fr. 10'000.-- entstanden. Da der Vorschuss sodann das gesamte Scheidungsverfahren abdecken solle, erweise sich der vorinstanzlich zugesprochene Vorschuss von Fr. 5'000.-- als offensichtlich ungenügend; ein erster Vorschuss von Fr. 10'000.-- sei angemessen. Die Beklagte habe im Oktober und November 2016 bei Verwandten und Bekannten Darlehen von insgesamt Fr. 48'000.-- aufnehmen müssen. Es seien auch noch Mieten und weitere Rechnungen offen. Der Kläger schulde ihr per 1. Februar 2017 zwar noch Fr. 9'390.--; damit werde sie jedoch Schulden zurückzahlen müssen. Beim von der Vorinstanz angerechneten Vermögen von Fr. 94'000.-- handle es sich um das Vermögen, welches sie bei der Trennung 2012 gehabt habe; per Ende 2015 sei der Wert ihrer Bildervorräte auf noch Fr. 24'500.-- geschätzt worden. Sie sei damit mittellos (Urk. 1 S. 14-18).

c) Im vorinstanzlichen Verfahren hatte die Beklagte die provisorische Steuerrechnung 2016 eingereicht, welche ein letzbekanntes steuerbares Vermögen von Fr. 94'000.-- ausweist (Vi-Urk. 16/70). Sie erklärte dazu, dass ihre Bilder so ausgewiesen würden; das entspreche etwa dem Gesamtwert der Bilder (Vi-

Prot. S. 43; von ihrer Rechtsvertreterin nicht korrigiert, vgl. Vi-Prot. S. 48). Die entgegenstehenden, im Berufungsverfahren neu aufgestellten Behauptungen, dass die Fr. 94'000.-- das Vermögen bei der Trennung 2012 gewesen sei und der Wert der Bilder Ende 2015 nur noch Fr. 24'500.-- betragen habe, können zufolge des im Berufungsverfahren geltenden Novenverbots (oben Erw. 2.b) nicht berücksichtigt werden. Es bleibt damit dabei, dass die Beklagte per Ende 2015 über Bilder im Wert von rund Fr. 94'000.-- verfügte; dass sie diese Bilder seither in grösserem Umfang veräussert hätte, wurde nicht vorgebracht. Diese Bilder mögen sodann nicht ganz so leicht zu versilbern sein wie andere nicht liquide Mittel (z.B. Wertschriften); es wurde jedoch nicht vorgebracht, dass sie unverkäuflich oder nicht innert nützlicher Frist verkäuflich wären oder dass ein Verkauf unzumutbar wäre. Dieses Vermögen der Beklagten ist daher vorhanden und verfügbar. Die Beklagte ist demgemäss nicht als bedürftig anzusehen. Mangels Bedürftigkeit besteht somit kein Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss des Klägers.

d) Aus den gleichen Gründen ist die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren auch nicht als mittellos anzusehen, womit auch eine der Voraussetzungen für die Gewährung der von ihr eventualiter sinngemäss (ihr Berufungsantrag 3 Abs. 2 ist teilweise unklar abgefasst; Urk. 1 S. 3) beantragten teilweisen unentgeltlichen Rechtspflege nicht erfüllt ist (Art. 117 lit. a ZPO).

10. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung der Beklagten vollumfänglich als unbegründet. Sie ist demgemäss abzuweisen und die angefochtene Verfügung ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

11. a) Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 5, § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 2'000.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Die Beklagte hat für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 8'000.--, eventualiter um Gewäh-

rung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 1 S. 3, S. 18). Beide Gesuche sind jedoch schon zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO). Auch die weitere Voraussetzung der Bedürftigkeit bzw. Mittellosigkeit wäre nicht erfüllt.

d) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Beklagten zufolge ihres Unterliegens, dem Kläger mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Die Gesuche der Beklagten um Verpflichtung des Klägers zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses und eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werden abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit nachstehendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung - Einzelgericht, vom 24. Januar 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Beklagten auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage der Doppel von Urk. 1, Urk. 3 und Urk. 4/2-27, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 23. März 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am: jo