

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY170039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw K. Peterhans

## **Beschluss und Urteil vom 16. Mai 2018**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen  
Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 14. August 2017 (FE160024-K)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 6/18 S. 2, Urk. 6/26 S. 2)

1. Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten rückwirkend ab dem Monat April 2015 für die Dauer des Scheidungsverfahrens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 5'000.– zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten des Klägers.

**Verfügung des Bezirksgerichtes Winterthur vom 14. August 2017:**

(Urk. 53 = Urk. 2 S. 24 ff.)

1. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für die Dauer des Scheidungsverfahrens persönliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
  - a) Fr. 3'030.–, erstmals per 1. Juni 2015 bis und mit Dezember 2016
  - b) Fr. 3'430.–, erstmals per 1. Januar 2017 bis und mit Juni 2018
  - c) Fr. 370.–, erstmals per 1. Juli 2018,zahlbar je monatlich im Voraus, auf den Ersten eines jeden Monats.  
  
Hievon gelten Fr. 23'277.35 als bereits bezahlt. Der Kläger ist sodann berechtigt, allfällige von ihm bezahlte, auf die Beklagte für die Zeitperiode ab 1. Juni 2015 entfallende Steuerbetreffnisse gegen Nachweis der Bezahlung von den rückständigen Unterhaltsbeiträgen in Abzug zu bringen.
2. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 1 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:
  - Erwerbseinkommen Kläger: mehr als Fr. 30'000.– netto / Monat;
  - Erwerbseinkommen Beklagte: Fr. 757.– netto; ab Juli 2018 Fr. 3'500.– netto;
  - Bedarf Kläger: für die Berechnung nicht relevant;
  - Bedarf Beklagte: Fr. 3'787.–; ab 1. Januar 2017 zuzüglich Altersvorsorge im Bereich der 2. Säule.
3. Dem Kläger wird die Eingabe der Beklagten vom 28. Dezember 2016 samt Beilagen (act. 51; act. 52/1 u. 52/2) zugestellt.

4. Dem Kläger wird eine Frist von 30 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um die von der Beklag[t]en in act. 52/2 aufgelisteten Unterlagen im Doppel beim Gericht einzureichen oder sich darüber auszulassen, weshalb er seiner Ansicht nach berechtigt ist, die Edition der entsprechenden Unterlagen zu verweigern. Betreffend Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechten wird auf die Erwägungen in der Verfügung vom 24. Juni 2016 verwiesen.
5. [Schriftliche Mitteilung.]
6. [Rechtsmittel gegen Dispositiv-Ziffern 1 und 2: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand.]

#### **Berufungsanträge:**

##### des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 1 f.):

- "1. Die Ziffern 1. und 2. der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 14. August 2017 seien aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:
  - '1. Der Beklagten sind für die Dauer des Scheidungsverfahrens keine persönlichen Unterhaltsbeiträge zuzusprechen.
  2. Die Bedarfs und Einkommensverhältnisse der Parteien stellen sich wie folgt dar:
    - Erwerbseinkommen Kläger: mehr als CHF 30'000.– netto/Monat;
    - Erwerbseinkommen Beklagte: Hypothetisches Einkommen ab Juni 2015 CHF 4'350.– netto;
    - Bedarf Kläger: für die Berechnung nicht relevant;
    - Bedarf Beklagte: CHF 2'843.65.'
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Mehrwertsteuern) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

##### der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 12 S. 2):

- "1. Es seien die Berufungsanträge des Klägers / Berufungsklägers vollumfänglich abzuweisen;

2. Es seien die Ziffern 1 und 2 des vorinstanzlichen Entscheides des Bezirksgerichtes Winterthur vom 14.8.2017 (FE160024-K) aufzuheben und wie folgt zu ersetzen:
  - '1. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für die Dauer des Scheidungsverfahrens persönliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
    - a) Fr. 3'260.–, erstmals per 1. Juni 2015 bis und mit Dezember 2016;
    - b) Fr. 3'705.–, erstmals per 1. Januar 2017 bis und mit Juni 2018;
    - c) Fr. 650.–, erstmals per 1. Juli 2018;zahlbar je monatlich im Voraus, auf den Ersten eines jeden Monats.  
Hievon gelten Fr. 23'277.35 als bereits bezahlt.
  2. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 1 vorstehend basiert auf folgenden finanziellen Grundlagen:
    - Erwerbseinkommen Kläger: mehr als Fr. 30'000.– netto/Monat;
    - Erwerbseinkommen Beklagte: Fr. 757.– netto/Monat, ab Juli 2018 Fr. 3'500.– netto/Monat
    - Bedarf Kläger: für die Berechnung nicht relevant;
    - Bedarf Beklagte: Fr. 4'017.–; ab 1. Januar 2017, zuzüglich Altersvorsorge im Bereich der 2. Säule.'
  3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MWSt) zulasten des Berufungsklägers."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Die Parteien haben am tt. August 1996 in C.\_\_\_\_\_/ZH geheiratet. Die Ehe blieb kinderlos (Urk. 6/3). Seit Ende 2004/Anfang 2005 leben die Parteien getrennt (Urk. 6/14 S. 2; Urk. 6/18 S. 3). Am 22. Januar 2016 machte der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) am Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur (fortan Vorinstanz) ein Scheidungsverfahren anhängig (Urk. 6/1). Mit Eingabe vom 3. Juni 2016 reichte die Beklagte und Berufungsbe-  
klagte (fortan Beklagte) vor Vorinstanz ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Mass-

nahmen ein und ersuchte um die Festsetzung persönlicher Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsverfahrens (Urk. 6/26). Am 3. November 2016 fand vor Vorinstanz die Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen statt (Prot. I S. 11 ff.), wobei zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden konnte. Am 14. August 2017 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 2). Betreffend den Ablauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 S. 2 f.).

2. Mit Eingabe vom 31. August 2017 (Urk. 1) erhob der Kläger innert Frist Berufung gegen den vorgenannten Entscheid vom 14. August 2017 (Urk. 2). Den Prozesskostenvorschuss von Fr. 3'000.– leistete er rechtzeitig (Urk. 7 und 10). Mit Verfügung vom 2. Oktober 2017 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 11), welche sie am 16. Oktober 2017 ins Recht legte (Urk. 12; dem Kläger am 1. November 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt, Urk. 15). Am 14. November 2017 reichte der Kläger unaufgefordert eine Stellungnahme zur Berufungsantwort und neue Unterlagen ins Recht und stellte neue Behauptungen auf (Urk. 16). Daraufhin wurde die Beklagte mit Verfügung vom 27. November 2017 zur Stellungnahme zu den Noven aufgefordert (Urk. 18). Damit der Stellungnahme der Beklagten vom 9. Dezember 2017 (Urk. 19 ff.) wiederum neue Unterlagen ins Recht gereicht und neue Behauptungen aufgestellt wurden, wurde dem Kläger am 8. Januar 2018 ebenfalls Frist zur Stellungnahme zu den Noven angesetzt (Urk. 22). Diese erstattete der Kläger am 22. Januar 2018 (Urk. 23) fristgerecht. Mit Verfügung vom 24. Januar 2018 wurde die Eingabe des Klägers der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt und den Parteien gleichzeitig angezeigt, dass sich das Verfahren als spruchreif erweise und in die Phase der Urteilsberatung übergegangen sei (Urk. 24). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1-54).

## II.

1. Das Gericht trifft gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO im Scheidungsverfahren vorsorgliche Massnahmen, sofern diese notwendig, geeignet und verhältnismässig sind (vgl. zum Ganzen Dolge, DIKE-Komm-ZPO, Art. 276 N 4; ZK ZPO-Sutter-

Somm/Stanischewski, Art. 276 N 8). Über vorsorgliche Massnahmen ist – unter Vorbehalt von Art. 272 und 273 ZPO – im summarischen Verfahren im Sinne von Art. 248 ff. ZPO zu entscheiden (vgl. Art. 271 lit. a i.V.m. Art. 276 ZPO). Es soll in einem raschen Verfahren eine vorläufige Friedensordnung hergestellt werden. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind daher, bei freier Beweiswürdigung, lediglich glaubhaft zu machen (FamKomm Scheidung/Leuenberger, Anh. ZPO Art. 276 N 1 und 17). Das Gericht muss somit nicht von der Richtigkeit einer Behauptung überzeugt sein, es reicht aus, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen der fraglichen Tatsachen spricht. Dabei ist analog zu Art. 8 ZGB eine "Glaubhaftmachungslast" derjenigen Partei zu beachten, welche aus einer behaupteten Tatsache Rechte ableitet (BGer 5A\_117/2010 vom 5. März 2010, E. 3.3).

2. Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren. Es dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern vielmehr der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Es gilt dabei insofern eine Rüge- und Begründungspflicht, als der Kläger mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz aufzuzeigen hat, was am vorinstanzlichen Entscheid falsch sein soll (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz im Einzelnen zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor Vorinstanz vorgebracht worden ist. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGE 142 III 413 E. 2.2.4;

BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5). Die Anforderungen an die Begründung einer Berufung gelten sinngemäss auch für die Begründung der Berufungsantwort (BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2.).

3. Neue Tatsachen und Beweismittel können gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Der im vorliegenden Berufungsverfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 272 ZPO) ändert daran nichts (BGE 138 III 625 E. 2.2; BGE 138 III 788 E. 4.2).

4. Beide Parteien haben im Rahmen des vorliegenden Berufungsverfahrens neue Unterlagen ins Recht gelegt. Der Kläger anlässlich der Berufungsbegründung vom 31. August 2017 (Urk. 4/2-3) und die Beklagte mit der Berufungsantwort vom 16. Oktober 2017 (Urk. 14/1-10) sowie mit ihrer Stellungnahme vom 9. Dezember 2017 (Urk. 21/1-2 und 21/4-5). In ihren Rechtsschriften legen die Parteien nicht dar, weshalb es sich bei den eingereichten Unterlagen um zulässige Noven handeln soll. Sollte es sich dabei um Unterlagen handeln, die sich bereits in den Vorakten befinden, wäre dies dem Gericht entsprechend darzulegen gewesen. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe des Gerichts, die neu beigebrachten Unterlagen im Einzelnen mit den Vorakten abzugleichen. Vor diesem Hintergrund haben sämtliche neu eingereichten Unterlagen der Parteien grundsätzlich als unzulässige Noven zu gelten.

5. Die Beklagte stellte in ihrer Berufungsantwort die eingangs genannten Berufungsanträge (Urk. 12 S. 2). Da die Beklagte keine eigenständige Berufung erhoben hat und eine Anschlussberufung im summarischen Verfahren unzulässig ist (Art. 314 Abs. 2 ZPO), verliert sie als berufungsbeklagte Partei ihr Recht, vor der Rechtsmittelinstanz Rechtsbegehren zu stellen, welche über den blossen Antrag auf Abweisung der vom Berufungskläger erhobenen Hauptberufung hinausgehen (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 312 N 7, N 12). Entsprechend ist auf die Anschlussberufung der Beklagten (Urk. 12 S. 2) nicht einzutreten.

### III.

#### A. Unterhaltsanspruch

1. Die Vorinstanz bejahte einen Unterhaltsanspruch der Beklagten gestützt auf Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB i.V.m. Art. 163 ZGB. Sie erwog, es sei vorliegend von sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen auszugehen, die es dem Kläger erlauben würden, auch nach Entrichtung eines Unterhaltsbeitrages an die Beklagte seinen eigenen Lebensunterhalt ohne Weiteres zu decken. Der Unterhaltsbeitrag sei bei dieser Sachlage einzig gestützt auf die bisherige Lebenshaltung der Beklagten sowie deren Eigenversorgungskapazität zu berechnen. Aufgrund der mehr als zwölfjährigen Trennungsdauer sei unter der bisherigen Lebenshaltung die Lebenshaltung während der Trennungsdauer zu verstehen (Urk. 2 S. 13).

2. Der Kläger kritisiert den vorinstanzlichen Entscheid dahingehend, dass die Ehe der Parteien nicht lebensprägend gewesen sei. Dementsprechend seien der Beklagten auch keinerlei ehebedingte Nachteile entstanden und sie habe kein objektiv schutzwürdiges Vertrauen auf die Fortführung der zuletzt gelebten Lebenshaltung. Die Vorinstanz stütze den Unterhaltsanspruch der Beklagten damit einzig auf die finanzielle Unterstützung des Klägers beim Aufbau der Selbständigkeit der Beklagten. Es sei zwar richtig, dass der Entscheid über vorsorgliche Massnahmen den Endentscheid nicht präjudizieren solle, jedoch sei die Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zu verweigern, wenn mit grosser Wahrscheinlichkeit auch im Endurteil keine Unterhaltsbeiträge nach Art. 125 ZGB zu erwarten seien (Urk. 1 S. 4 f.).

3. Die Beklagte hält dem entgegen, der Kläger habe während des ehelichen Zusammenlebens darauf bestanden, dass sie keiner Erwerbstätigkeit nachgehe. Im Sinne einer klassischen Rollenverteilung habe sie den Haushalt besorgt und den Kläger bei sozialen und repräsentativen Anlässen begleitet. Die Repräsentationsaufgaben habe die Beklagte auch nach der Trennung noch wahrgenommen. Die Trennung sei nicht im herkömmlichen, juristischen Sinne zu verstehen. Die Parteien würden zwar seit 2005 an verschiedenen Orten wohnen. Gegen aussen

habe der Kläger den Anschein einer intakten, harmonischen Ehe aufrecht erhalten. Dies würde sich unter anderem wie folgt zeigen (Urk. 12 S. 4 f.):

- Sämtliche die Beklagte betreffende Korrespondenz von Versicherungen, Banken, Behörden seien an den Wohnort des Klägers gelangt;
- bis und mit 2013 seien die Parteien gemeinsam steuerpflichtig gewesen und der Kläger habe gegenüber den Einwohnergemeinden Jahr für Jahr entsprechende Erklärungen abgegeben, wonach die Beklagte Wochenaufenthalterin sei und kein Getrenntleben vorliege;
- die Beklagte habe dem Kläger über ihre geschäftliche Tätigkeit Rechenschaft ablegen und die Jahresrechnungen offenlegen müssen.

Aufgrund des bis 2005 bestehenden gemeinsamen Haushalts sowie der seither gelebten Praxis habe die Beklagte Anspruch auf angemessene Unterhaltsbeiträge, ungeachtet der Qualifizierung der Ehe als lebensprägend (Urk. 12 S. 5).

4. Vorab ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Kriterien und Überlegungen zur Festsetzung des nachehelichen Unterhalts auch für die Regelung der Verhältnisse während der Dauer des Scheidungsverfahrens anwandte (vgl. Urk. 2 S. 4 ff.). Die implizite Überlegung, dass angesichts der langen Trennungsdauer die Kriterien von Art. 125 ZGB miteinzubeziehen sind, ist nachvollziehbar. Trotzdem hat der Unterhaltsanspruch eines Ehegatten während der ganzen Dauer der Ehe seine Grundlage ausschliesslich in Art. 163 ff. ZGB. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass das Ende der Ehe absehbar ist. Die Kriterien gemäss Art. 125 ZGB sind bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen während der Ehe zwar miteinzubeziehen, die gesetzliche Grundlage zur Unterhaltsberechnung bildet aber weiterhin Art. 163 ZGB und nicht Art. 125 ZGB (BGE 140 III 337 E. 4.2.1; BGE 137 III 385 E 3.1; BGE 138 III 97 E. 2.2; vgl. auch Urk. 2 S. 16). Es geht im vorsorglichen Massnahmeverfahren nicht darum, den Entscheid über den nachehelichen Unterhalt vorwegzunehmen. Die Erwartung, dass der Scheidungsrichter dereinst keinen nachehelichen Unterhalt zusprechen wird, steht der Zusprechung eines Unterhaltsbeitrags für die Dauer des Getrenntlebens nicht entgegen (*OGer ZH LE160039 vom 23.11.2016, S. 8 E. 4*). Die Parteien sind nach

wie vor miteinander verheiratet und schulden einander gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB Treue und Beistand und haben gemeinsam für den gebührenden Unterhalt der Familie zu sorgen. Dies hat zur Folge, dass – im Gegensatz zum nahehelichen Unterhalt – der Grundsatz des Anspruchs auf Teilhabe an derjenigen Lebenshaltung massgebend ist, auf die sich die Ehegatten verständigt und die sie tatsächlich gelebt haben. Während mit Bezug auf den nahehelichen Unterhalt die Ehedauer von Bedeutung ist, ist dieses Kriterium für den Unterhalt während der Ehe unbeachtlich, da die Ehe noch besteht. Es geht in diesem Sinne nicht um eine naheheliche Solidarität, sondern um den während der Ehe von Gesetzes wegen bestehenden Unterhaltsanspruch. Dieser beginnt in vollem Umfang mit der Heirat und entsteht nicht erst allmählich im Laufe der Ehe (*OGer ZH LE150076 vom 25.04.2016, S. 11 E. 6.6; BGE 119 II 314 E. 4b/aa*).

5. Damit ist der Einwand des Klägers, es habe sich nicht um eine lebensprägende Ehe gehandelt, von vornherein nicht zu hören. Die materiellrechtliche Grundlage von Art. 163 ff. ZGB hat zur Folge, dass – im Gegensatz zum nahehelichen Unterhalt – der Grundsatz des Anspruchs auf Teilhabe an der Lebenshaltung massgebend ist, auf die sich die Ehegatten verständigt und die sie tatsächlich gelebt haben. Eine Anknüpfung an die vorehelichen Verhältnisse kommt frühestens nach der Teilrechtskraft des Scheidungspunktes in Frage (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, Rz. 04.04). Bezüglich des zuletzt während der Ehe aufrecht erhaltenen und gelebten Lebensstandards hat die Vorinstanz zu Recht erwogen, dass angesichts der mehr als zwölfjährigen Trennungsdauer für den gebührenden Unterhalt die Lebenshaltung der Parteien während der Trennungszeit massgebend ist (Urk. 2 S. 8 mit Verweis auf BGer 5A\_528/2007 vom 20. Dezember 2007, E. 2; BGE 130 III 537, E. 2.2.; vgl. auch Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz. 05.57 ff.). Dies gilt umso mehr, als die Parteien zwar seit über 10 Jahren getrennte Wohnorte hatten, den Schein ihre Ehe jedoch gegen aussen im gegenseitigen Einvernehmen aufrecht erhielten. So erfolgte die Steuerveranlagung bis ins Jahr 2013 gemeinsam und die Korrespondenzadresse der Beklagten war diejenige des Klägers. Ausserdem verbrachten die Parteien nach wie vor gemeinsame Ferien (Prot. I S. 17 und S. 23).

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Erwartung des Klägers, das Scheidungsgericht spreche dereinst keinen nachehelichen Unterhalt zu, der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen für die Dauer des Getrenntlebens bzw. für die Dauer des Scheidungsverfahrens nicht entgegensteht. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, sind bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar. Unterhaltsbeiträge können damit für die Zukunft und für das Jahr vor Einreichung des Begehrens gefordert werden. Entsprechend ist in der Folge über persönliche Unterhaltsbeiträge ab Juni 2015 zu befinden (Urk. 2 S. 9; Urk. 6/26).

#### B. Festsetzung Ehegattenunterhalt

1. Die Vorinstanz berechnete den Unterhaltsanspruch der Beklagten nach der einstufig konkreten Methode, bei welcher direkt vom Bedarf der unterhaltsberechtigten Partei für die Weiterführung ihrer bisherigen Lebenshaltung auszugehen ist. Das Einkommen des Klägers habe sich in den Jahren 2012 bis 2014 auf über netto Fr. 300'000.– pro Jahr belaufen. Vor diesem Hintergrund sei weder das genaue Einkommen noch der Bedarf des Klägers für die Berechnung massgeblich (Urk. 2 S. 13).

2. Der Kläger kritisiert berufsungsweise sowohl den Bedarf (Urk. 1 S. 6 ff.) als auch das Einkommen der Beklagten (Urk. 1 S. 11. ff.). Seine Einwände sind nachfolgend zu prüfen.

#### 3. Bedarf und Einkommen der Beklagten

##### 3.1. Unterhaltsphase I: Juni 2015 bis Dezember 2016

3.1.1 Zum Bedarf der Beklagten in der ersten Phase vom 1. Juni 2015 bis 31. Dezember 2016 führte die Vorinstanz aus, die Beklagte habe sich im Jahr 2011 selbständig gemacht und seither ein Geschäft für Geschenkartikel geführt. Nachdem sie im Eröffnungsjahr noch Verluste generiert habe, sei ihre Arbeitssituation seit 2012 stabil. Die Beklagte habe von ihrem Einkommen und den Unterstützungszahlungen des Klägers gelebt. Die Beklagte mache geltend, ihren Le-

bensunterhalt mit den vom Kläger geleisteten Unterhaltsbeiträgen sowie dem Einkommen aus ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit bestritten zu haben. Erst als der Kläger seine Zahlungen im Laufe des Jahres 2015 eingestellt habe, habe sie sich verschulden müssen. Damit sei der massgebliche Bedarf der Beklagten anhand der ihr im Zeitraum 2012 bis 2014 zur Verfügung stehenden Mittel zu errechnen. In dieser Phase habe sie gelebt, ohne Schulden eingehen zu müssen und ohne vom Kläger weitere Zahlungen zu verlangen oder Anstrengungen zu unternehmen, ihr eigenes Erwerbseinkommen zu steigern. Der Kläger habe die Beklagte in der Zeit von 2012 bis 2014 unterstützt, indem er ihr einerseits Barunterhalt überwiesen und andererseits sämtliche Gesundheitskosten sowie alle aus der Benutzung des Personenwagens Lexus anfallenden Kosten übernommen habe. Auch habe er die Steuern der Beklagten bezahlt (Urk. 2 S. 14). Insgesamt seien der Beklagten in der massgeblichen Zeitspanne die folgenden finanziellen Mittel zur Verfügung gestanden (Urk. 2 S. 15):

	Barunterhalt	Gesundheitskosten (Prämien/Selbst- behalt/Franchise)	Erwerbseinkommen Beklagte aus selbst- ständiger Tätigkeit
2012	Fr. 24'500.–	Fr. 6'855.–	Fr. 7'860.–
2013	Fr. 26'750.–	Fr. 6'582.–	Fr. 7'268.–
2014	Fr. 13'000.–	Fr. 7'437.–	Fr. 12'117.–
Total	Fr. 64'250.–	Fr. 20'847.–	Fr. 27'245.–
Ø pro Monat	Fr. 1'785.–	Fr. 580.–	Fr. 757.–

Bezüglich der Kosten des PW Lexus, so die Vorinstanz weiter, habe die Beklagte keine Zahlen angegeben. Der Kläger habe diese Kosten für das Jahr 2015 auf Fr. 3'382.20 bzw. für das Jahr 2016 auf Fr. 5'379.60 beziffert. Entsprechend sei von einem Durchschnittswert auszugehen und ein monatlicher Beitrag von Fr. 365.– einzusetzen. Insgesamt hätten der Beklagten somit finanzielle Mittel in der Höhe von Fr. 3'487.– pro Monat (Fr. 1'785.– Barunterhalt + Fr. 580.– Gesundheitskosten + Fr. 757.– Einkommen Beklagte + Fr. 365.– PW Lexus) zur Verfü-

gung gestanden. Hinzu kämen die Steuern der Beklagten im Betrag von monatlich rund Fr. 300.–. Gesamthaft habe die Beklagte damit Lebenshaltungskosten von total Fr. 3'787.– gehabt (Urk. 2 S. 15).

Zum Einkommen der Beklagten führte die Vorinstanz an, der Kläger sei mit der Aufnahme der Selbständigkeit der Beklagten einverstanden gewesen (Urk. 2 S. 16). Die Beklagte habe ihr Einkommen weder mut- noch böswillig vermindert, weshalb kein Raum für ein rückwirkendes hypothetisches Einkommen bestünde (Urk. 2 S. 16). Die Eigenversorgungskapazität der Beklagten belaufe sich auf Fr. 757.–. Die Vorinstanz kommt insgesamt zum Schluss, der Kläger habe der Beklagten einen monatlichen Unterhalt von Fr. 3'030.– zu bezahlen (Urk. 2 S. 17).

3.1.2. Der Kläger wendet ein, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb sich die Vorinstanz zur Berechnung des massgeblichen Bedarfs nicht auf den zuletzt während der Trennungszeit gelebten Standard der Jahre 2013 bis 2015 stützte und stattdessen die Jahre 2012 bis 2014 heranziehe. Die Vorinstanz mache diesbezüglich geltend, die Beklagte habe ab dem Jahre 2015 Schulden machen müssen. Auf entsprechende Befragung habe die Beklagte jedoch ausgeführt, sie werde durch ihre Mutter unterstützt. Neben den Unterstützungsleistungen durch die Mutter habe die Beklagte keinerlei weitere Details zu Schulden oder Unterstützungsleistungen geliefert (Urk. 1 S. 6 f.). Somit sei für die Berechnung des Bedarfs der Beklagten auf die beiden Jahre unmittelbar vor der Trennung [recte: vor Einleitung des Scheidungsverfahrens] abzustellen. Es habe der Beklagten jederzeit freigestanden, ein Eheschutz- oder Scheidungsbegehren einzuleiten. Dies habe sie unterlassen, bis es der Kläger im Januar 2016 selbst getan habe (Urk. 1 S. 7). Ausserdem habe die Beklagte gemäss eigenen Angaben nicht den gesamten vom Kläger erhaltenen Barbetrag für den täglichen Bedarf verbraucht, sondern grosse Teile davon in ihre Einzelfirma investiert (Urk. 1 S. 7 f.). Die Beklagte habe ausführen lassen, der Kläger hätte in den Jahren 2006 bis 2010 durchschnittlich Fr. 17'190.– pro Jahr an sie bezahlt. Damit habe die Vorinstanz zu Unrecht die unüblich grossen Beträge über Fr. 24'500.– im Jahr 2012 und Fr. 26'750.– im Jahr 2013 als Barunterhalt eingesetzt. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass die Beklagte davon im Jahr 2012 mindestens Fr. 7'310.– und im Jahr 2013

Fr. 9'560.– in ihre Einzelfirma eingebracht habe und diese Beträge nach wie vor werthaltig in der Unternehmung vorhanden seien. In den Jahren vor der Einleitung des Scheidungsverfahrens (2014 und 2015) habe er der Beklagten Barzahlungen von insgesamt Fr. 25'000.– ausgerichtet (Urk. 1 S. 8).

Schliesslich, so der Kläger in seiner Berufung, sei die von der Vorinstanz angenommene Steuerbelastung der Beklagten von Fr. 300.– pro Monat viel zu hoch. Die Beklagte habe in den letzten Jahren praktisch nichts versteuert, weshalb ihr lediglich Fr. 100.– pro Monat für Steuern anzurechnen seien. Damit hätten der Beklagten pro Monat folgende finanzielle Mittel zur Verfügung gestanden: Fr. 1'041.65 (Fr. 25'000.– / 24 Monate) aus Barunterhalt + Fr. 580.– Gesundheitskosten + Fr. 757.– eigenes Einkommen + Fr. 365.– PW Lexus und Fr. 100.– Steuern, was einen gebührenden monatlichen Bedarf von Fr. 2'843.65 ergebe. Wolle man der Vorinstanz folgen und nicht auf die letzten beiden Jahre vor Einreichung des Begehrens abstellen, so seien die Unterhaltsbeiträge des Klägers um diejenigen Beträge zu kürzen, welche die Beklagte nicht zur Deckung des Bedarfs, sondern für den Aufbau ihres Geschäftes verwendet habe. Dies ergebe einen gebührenden Bedarf der Beklagten von höchstens Fr. 3'118.10 pro Monat (Urk. 1 S. 9).

Hinsichtlich des Einkommens der Beklagten bringt der Kläger vor, der Beklagten sei spätestens seit Anfang 2015 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen (Urk. 1 S. 12 f.). Ab diesem Zeitpunkt habe die Beklagte nicht mehr mit einer finanziellen Unterstützung durch den Kläger rechnen können und sich um eine entsprechende Anstellung bemühen müssen (Urk. 1 S. 13). Dass die Beklagte dies nicht getan habe, könne zwar nicht als böse, wohl aber als mutwillig angesehen werden (Urk. 1 S. 13). Die Vorinstanz habe der Berufungsbeklagten in den Vergleichsgesprächen im November 2016 deutlich gesagt, sie müsse spätestens ab Frühling 2017 eine Stelle suchen (Urk. 1 S. 13). Eventualiter sei der Beklagten ab Dezember 2016 ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 1'868.75 anzurechnen (Urk. 1 S. 18).

3.1.3. Die Beklagte hält dem entgegen, aus den vorinstanzlichen Akten ergäben sich seit 2011 die folgenden vom Kläger an sie geleisteten Barzahlungen (Urk. 12 S. 9 mit Verweis auf Urk. 6/19/30-34):

2011:	Fr. 41'610.–
2012:	Fr. 24'500.–
2013:	Fr. 26'750.–
2014:	Fr. 13'000.–
2015:	Fr. 12'000.–

Aus den Einzelbelegen bzw. Kontogutschriften gehe hervor, dass die einzelnen Überweisungen Fr. 2'000.– pro Monat betragen hätten. Mit Fr. 2'000.– und dem bescheidenen Einkommen aus ihrer Erwerbstätigkeit habe sie gerade den Grundbetrag von Fr. 1'200.– sowie die Wohnungskosten von Fr. 1'466.– pro Monat decken können (Urk. 12 S. 9). Selbst wenn man die Jahre 2013 bis 2015 als massgeblichen Zeitraum für die Berechnung der Unterhaltsbeiträge heranziehe, ergebe sich kein anderes Bild. In diesem Fall sei zu berücksichtigen, dass die Gesundheitskosten gegenüber 2011 im Jahr 2015 höher seien und ihr Eigenverdienst gegenüber 2011 abgenommen habe (Urk. 12 S. 10). Auf die monatlichen Unterstützungsleistungen habe sie vertraut, zumal der Kläger bis 2013 die zugesicherten bzw. vereinbarten monatlichen Barunterhaltsbeiträge geleistet habe (Urk. 12 S. 10). Erst 2014 sei der Kläger seiner Unterhaltspflicht von monatlich Fr. 2'000.– nur mehr unvollständig nachgekommen (Urk. 12 S. 11). Von Investitionen in das Geschäft könne keine Rede sein. Sie müsse mit der vorhandenen Liquidität Löcher stopfen und Prioritäten in der Bezahlung offener Rechnungen setzen, auch jener, welche ihr Geschäft beträfen (Urk. 12 S. 11). Die Ansicht des Klägers, wonach das Geschäft der Beklagten heute einiges werthaltiger sei als im Eröffnungsjahr, gehe bereits bei Betrachtung der Bilanz fehl. Das Eigenkapital habe bei Eröffnung am 1. August 2011 Fr. 5'982.– betragen und sich per 31. Dezember 2015 auf Fr. 9'291.– belaufen (Urk. 12 S. 11). Die Ausführungen des Klägers, wonach sie im Jahr 2012 mindestens Fr. 7'310.– und im Jahre 2013 mindestens Fr. 9'560.– in ihr Geschäft eingebracht haben solle, seien unsubstantiiert und nicht nachvollziehbar. Im Weiteren sei ihre Steuerbelastung unter Einbezug der im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen voraussichtlich zuzusprechenden Un-

terhaltsbeiträge bzw. dem per 1. Juli 2018 aufgerechneten Eigenverdienst von Fr. 3'500.– netto pro Monat zu berechnen und damit monatlich mit Fr. 300.– einzusetzen (Urk. 12 S. 12).

Hinsichtlich der Anrechnung eines hypothetischen Einkommen verweist die Beklagte auf die Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 12 S. 13 und 15).

3.1.4. Gemäss den vorinstanzlichen Akten sind folgende Unterstützungsleistungen des Klägers an die Beklagte ausgewiesen (Urk. 6/19/25-34):

2006:	Fr. 16'700.– bzw. Fr. 1'390.– pro Monat
2007:	Fr. 14'250.– bzw. Fr. 1'190.– pro Monat
2008:	Fr. 17'500.– bzw. Fr. 1'460.– pro Monat
2009:	Fr. 19'500.– bzw. Fr. 1'625.– pro Monat
2010:	Fr. 18'000.– bzw. Fr. 1'500.– pro Monat
p.M. (2011:	Fr. 41'610.– bzw. Fr. 3'470.– pro Monat)
2012:	Fr. 24'500.– bzw. Fr. 2'040.– pro Monat
2013:	Fr. 22'850.– bzw. Fr. 1'900.– pro Monat (exkl. Zahlung Lexus)
2014:	Fr. 13'000.– bzw. Fr. 1'085.– pro Monat
2015:	Fr. 12'000.– bzw. Fr. 1'000.– pro Monat

Stellt man auf die vorgenannten Zahlen ab und lässt 2011 als Eröffnungsjahr des Geschäfts der Beklagten und finanzielles "Ausreisser-Jahr" ausser Acht, kommt man auf durchschnittliche monatliche Unterstützungszahlungen des Klägers von rund Fr. 1'500.–. Dies deckt sich auch mit den Einzelzahlungsnachweisen (Urk. 6/19/25-34), wonach sich die Zahlungen des Klägers in der Regel zwischen Fr. 1'000.– und Fr. 2'000.– bewegten. Diese Beurteilungsphase berücksichtigt den gesamten Trennungszeitraum. Die finanziellen Zahlungen des Klägers mit Blick auf die Eröffnung des Geschäfts der Beklagten im Jahr 2011 wurden nicht berücksichtigt. Die Zahlungen im Jahr 2011 waren offensichtlich höher wie in den Vorjahren, was mit der Finanzierung der Selbständigkeit der Beklagten zu tun hat. Dies wurde von der Beklagten vor der Vorinstanz auch so bestätigt (Urk. 6/26 S. 3). Dass die Beklagte, wie vom Kläger vorgebracht, einen Teil der Beiträge werterhaltend in ihr Geschäft investiert hätte, ergibt sich aus den Akten nicht. So

belief sich das Eigenkapital gemäss der Bilanz per 31. Dezember 2011 auf Fr. 32'936.75 (Urk. 6/19/3) und per 31. Dezember 2015 nur noch auf Fr. 14'707.28 (Urk. 6/19/7). Ein monatlicher Barunterhalt des Klägers an die Beklagte in der Höhe von Fr. 1'500.– wurde damit glaubhaft gemacht.

3.1.5. Was die Steuerbelastung der Beklagten betrifft, genügt der Kläger den Begründungsanforderungen an eine Berufung nicht (vgl. vorstehend E.4.1.2.). Er hätte sich mit dem vorinstanzlichen Entscheid auseinandersetzen und insbesondere gestützt auf die vorinstanzlichen Steuerunterlagen darzutun gehabt, inwiefern sich eine monatliche Steuerbelastung der Beklagten von lediglich Fr. 100.– pro Monat ergibt. Die Steuerbelastung der Beklagten ist daher weiterhin mit Fr. 300.– einzusetzen.

3.1.6. Die von der Vorinstanz veranschlagten Beträge betreffend das Erwerbseinkommen der Beklagten von monatlich Fr. 757.–, die Gesundheitskosten von Fr. 580.– pro Monat sowie die Kosten des Lexus von Fr. 365.– blieben unangefochten (Urk. 1 S. 9). Damit berechnet sich der Bedarf der Beklagten wie folgt:

Barunterhalt des Klägers	Fr. 1'500.–
Gesundheitskosten	Fr. 580.–
Erwerbseinkommen Beklagte	Fr. 757.–
Kosten PW Lexus	Fr. 365.–
Steuern	Fr. 300.–
<b>Total (gerundet)</b>	<b>Fr. 3'500.–</b>

3.1.7. Der Kläger beantragt, der Beklagten ab dem Jahr 2015 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Eventualiter sei der Beklagten ab dem 1. Dezember 2016 ein hypothetisches Einkommen von mind. Fr. 1'868.75 zusätzlich zum Erwerb aus selbständiger Tätigkeit anzurechnen (Urk. 1 S. 18 f.).

Wird einer Partei ein hypothetisches Einkommen angerechnet, ist dies grundsätzlich nur für die Zukunft und nicht rückwirkend möglich (*OGer ZH LE170013 vom 27. Juni 2017, S. 9*). Darüber hinaus ist dem Betreffenden hinreichend Zeit zu lassen, die rechtlichen Vorgaben in die Tat umzusetzen. Somit ist bis zur Anrech-

nung eines hypothetischen Einkommens eine dem Zweck und den Umständen angemessene Übergangsfrist einzuräumen (BGE 129 III 417 E. 2.2; BGE 114 II 13 E. 5). Ein Abweichen von dieser Übergangsfrist ist nur angezeigt, wenn die geforderte Umstellung für die betroffene Partei voraussehbar war (BGer 5A\_549/2017 vom 11. September 2017, E. 4; BGer 5A\_184/2015 vom 22. Januar 2016 E. 3.2). Diese Voraussehbarkeit kann jedoch frühestens mit der Zustellung des erstinstanzlichen Urteils bejaht werden (Six, Eheschutz, S. 144; OGer ZH LE160046 vom 7. November 2016, S. 9). Grundsätzlich ist die blossе Ankündigung anlässlich einer mündlichen Verhandlung nicht ausreichend (OGer ZH LE150010 vom 9. Juli 2015, S. 16). Somit musste die Beklagte nicht vor Zustellung des erstinstanzlichen Urteils Ende August 2017 (Urk. 6/54) mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens rechnen. Insbesondere musste die Beklagte nicht aufgrund der mündlichen Vergleichsverhandlung von der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ab Dezember 2016 ausgehen. Damit kann der Beklagten in der 1. Phase von Juni 2015 bis Dezember 2016 kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden.

3.1.8. Damit hat der Kläger in der I. Phase von Juni 2015 bis Dezember 2016 folgenden Unterhaltsbeitrag zu bezahlen:

Bedarf Beklagte:	Fr. 3'500.–
<u>./.</u> <u>Erwerbseinkommen Beklagte:</u>	<u>Fr. 757.–</u>
<u>Unterhaltsbeitrag (gerundet):</u>	<u>Fr. 2'750.–</u>

3.2. Unterhaltsphase II: Januar 2017 bis Juni 2018

3.2.1 Hinsichtlich der zweiten Unterhaltsphase von Januar 2017 bis Juni 2018 hielt die Vorinstanz fest, die Altersvorsorge der Beklagten sei nicht mehr gewährleistet. Bis Ende 2016 sei die Altersvorsorge der Beklagten durch die Partizipati-

on am Vorsorgeguthaben des Klägers gewährleistet. Per 1. Januar 2017 sei dies aufgrund der neuen gesetzlichen Regelungen im Bereich der zweiten Säule nicht mehr der Fall. Ohne die Berücksichtigung eines Betrages für die Altersvorsorge im Bedarf entstünde der Beklagten ab 1. Januar 2017 eine Vorsorgelücke. Dies sei von der Beklagten mit Blick auf die eheliche Beistandspflicht nach Art. 163 ZGB nicht hinzunehmen. Entsprechend sei der Bedarf der Beklagten ab Januar 2017 um einen Betrag für die Altersvorsorge zu erhöhen (Urk. 2 S. 17). Die Altersvorsorge, so die Vorinstanz weiter, sei aufgrund der für die Ehegatten massgebenden Lebenshaltung zu bemessen. Damit sei die Lebenshaltung gemeint, auf deren Fortführung der unterhaltsberechtigten Ehegatte grundsätzlich Anspruch habe. Diese sei in ein fiktives Bruttoeinkommen umzurechnen und darauf die Arbeitgeber- und -nehmerbeiträge zu berechnen. Erweitert um eine allfällige Steuerbelastung ergäbe dies den Vorsorgeunterhalt. Nicht zu berechnen sei demgegenüber die AHV-Vorsorge. Die Altersvorsorge der Beklagten im Bereich der 1. Säule sei, solange die Ehe noch bestehe, gestützt auf Art. 29<sup>quinquies</sup> Abs. 3 AHVG weiterhin gesichert. Ausgehend von Lebenshaltungskosten der Beklagten von Fr. 3'787.– errechnete die Vorinstanz eine monatliche BVG-Vorsorge der Beklagten von Fr. 368.– zzgl. Steueranteil und erhöhte die vom Gesuchsgegner zu leistenden Unterhaltsbeiträge um Fr. 400.– auf Fr. 3'430.– (Urk. 2 S. 18 f.).

3.2.2. Der Kläger macht berufsweise geltend, die Beklagte sei durch die Ausschöpfung ihres vollen Erwerbspotentials nicht nur in der Lage, ihren gebührenden Bedarf zu decken, sondern auch einen angemessenen nahehelichen Vorsorgeaufbau zu gewährleisten. Die Vorinstanz verkenne, dass der Beklagten in der beruflichen Vorsorge keine ehebedingten Lücken entstanden seien. Durch die Teilung des grossen, während der Dauer der Ehe und insbesondere auch während der Dauer der 13-jährigen Trennungszeit vom Kläger angesparten Vorsorgeguthabens werde die Beklagte eine Altersvorsorge erhalten, welche weit über das Mass dessen hinausgehe, was sie hätte ansparen können, wenn sie nicht mit dem Kläger verheiratet gewesen wäre. So werde die Beklagte einen Ausgleichsanspruch von über Fr. 300'000.– erhalten (Urk. 1 S. 10). Unter Anwendung des heutigen Rentenumwandlungssatzes von 6.8% ergebe dies bei einem ungefähren Ausgleichsanspruch von Fr. 320'000.– eine künftige Rente aus der Pensi-

onskasse von Fr. 21'760.– im Jahr bzw. Fr. 1'813.35 pro Monat. Darüber hinaus profitiere die Beklagte vom AHV-Splitting. Der Kläger habe lückenlos den Höchstbetrag einbezahlt. Damit werde die Beklagte voraussichtlich eine AHV-Rente von monatlich Fr. 1'633.– pro Monat erhalten. Die Beklagte werde also ohne weitere Einzahlungen in die 2. Säule und ohne Berücksichtigung einer Säule 3a eine Rente von über Fr. 3'450.– im Monat beziehen können. Damit sei eine angemessene Vorsorge gewährleistet und für die Zusprechung eines weiteren Vorsorgeunterhalts kein Platz (Urk. 1 S. 10 f.).

3.2.3 Die Beklagte bestreitet die Ausführungen des Klägers zum Vorsorgeunterhalt. Die Vorinstanz habe zutreffend ausgeführt, dass bei ihr zufolge der per 1. Januar 2017 eingetretenen Gesetzesänderung eine Vorsorgelücke im Bereich der 2. Säule resultiere. In diesem Zusammenhang sei dem Berechnungsmodell, mit welchem die Vorinstanz die Position "Altersvorsorge" im Bedarf der Beklagten für die Zeit nach dem 1. Januar 2017 berücksichtigt habe, zuzustimmen (Urk. 12 S. 12 f.).

3.2.4 Nach der bis Ende 2016 geltenden gesetzlichen Regelung hatte vor Eintritt des Vorsorgefalles jeder Ehegatte Anspruch auf die Hälfte der für die gesamte Ehedauer zu ermittelnden Austrittsleistung des anderen Ehegatten (Art. 122 aZGB). Die Parteien partizipierten damit beidseitig bis zur Scheidung am Vermögenszuwachs des anderen Ehegatten in der 2. Säule. Per 1. Januar 2017 ist die neue Fassung von Art. 122 ZGB in Kraft getreten. Danach werden bei der Scheidung die während der Ehe *bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens* erworbenen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge ausgeglichen. Auf Scheidungsprozesse, die beim Inkrafttreten der besagten Änderung vor einer kantonalen Instanz rechtshängig waren, findet bereits das neue Recht Anwendung (Art. 7d Abs. 2 SchIT ZGB). Wie von der Vorinstanz richtigerweise ausgeführt, ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten, ob die übergangsrechtlichen Bestimmungen zur Folge haben, dass bei Scheidungen, welche vor dem 1. Januar 2017 an kantonalen Gerichten rechtshängig waren, der Stichtag für die Teilung der Vorsorgeguthaben auf die Einleitung des Verfahrens vorverschoben wird. Diesbezüglich kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 2

S. 10 f.). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass das neue Recht zwar sofort, aber ohne Rückwirkung, mithin "ex nunc et pro futuro" anzuwenden sei und damit der 1. Januar 2017 Stichtag für die Teilung des Vorsorgeguthabens sei (Urk. 2 S. 11). Die Festlegung des Stichtags auf den 1. Januar 2017 wurde von keiner der Parteien beanstandet (Urk. 1 S. 9; Urk. 12 S. 12). Gleichwohl ist an dieser Stelle auf die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGer 5A\_819/2017 vom 20. März 2018, E. 10.2.2) zu verweisen. Demnach kommt auch auf Verfahren, die zum Zeitpunkt der Vorsorgerechtsnovelle bereits hängig waren, der Stichtag per Einleitung des Scheidungsverfahrens zur Anwendung. Im vorliegenden Massnahmeverfahren ist dies allerdings nicht relevant, wie nachfolgend zu zeigen ist.

3.2.5. Die Vorverschiebung des massgeblichen Stichtages zur Ausgleichung der Pensionskasse hat zur Folge, dass die während des Scheidungsverfahrens erworbene Austrittsleistung nicht mehr ausgeglichen wird. Dadurch ist der schlechter versicherte Partner ab Einleitung der Scheidung auf sich allein gestellt. In der Lehre wird mehrfach postuliert, die durch die Gesetzesnovelle entstandene Vorsorgelücke müsse durch einen ehelichen Vorsorgeunterhalt ab Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens bzw. dem Zeitpunkt, in dem der Vorsorgeausgleich endet, ausgeglichen werden (Grütter, Der neue Vorsorgeausgleich im Überblick, in: FamPra 01/2017 S. 152; FamKomm Scheidung/Jungo/Grütter, Art. 122 N 9 ff. sowie Art. 124b N 28). Die Botschaft zum revidierten Vorsorgeausgleich bei Scheidungen nimmt auf diese Problematik jedoch explizit Bezug und hält fest, es sei im Interesse einer einfachen Lösung in Kauf zu nehmen, dass damit die während des Scheidungsverfahrens geäußerte Austrittsleistung nicht hälftig geteilt werde (Botschaft Vorsorgeausgleich bei Scheidung, BBI 2013 4906). Hintergrund der Vorverlegung des Stichtages sei einerseits die Eindämmung von Taktierungsmöglichkeiten zur Verschleppung des Verfahrens und andererseits die praktische Vereinfachung bei der Ermittlung des massgeblichen Stichtags (Botschaft Vorsorgeausgleich bei Scheidung, BBI 2013 4905f.). Die Zusprechung eines vorsorglichen Vorsorgeunterhalts würde diese gesetzgeberischen Absichten jedoch wieder unterwandern. Das Scheidungsverfahren würde durch das Massnahmeverfahren um den vorsorglichen Vorsorgeunterhalt wiederum verzögert. Bei fast jeder Scheidung wären vorsorgliche Massnahmen mit komplizierten Vorsorgebe-

rechnungen erforderlich. An dieser Stelle ist auch in Erinnerung zu rufen, dass das Massnahmeverfahren dem schnellen Rechtsschutz dienen soll und grundsätzlich nur unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit anzuordnen ist (FamKomm Scheidung/Leuenberger, Anh. ZPO Art. 276 N 5). Da die Vorsorgelücke dem Gesetzgeber zufolge hinzunehmen ist, rechtfertigt sich das von einem Teil der Lehre geforderte Massnahmeverfahren um den Vorsorgeunterhalt nicht ohne weiteres, insbesondere da auch kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 7. November 2017, 400 17 270, E. 9.2). Hinzu kommt, dass bei einer Bejahung der Voraussetzungen von Art. 124b ZGB der Einbusse in der Altersvorsorge durch eine überhöftige Teilung im Hauptentscheid Rechnung getragen werden könnte. Dies wird vornehmlich bei überdurchschnittlich langen Scheidungsprozessen angezeigt sein.

Vor diesem Hintergrund ist der Beklagten für die Dauer des Scheidungsverfahrens kein vorsorglicher Vorsorgeunterhalt zuzusprechen. Nebst den Gesetzesmaterialien zum revidierten Vorsorgeausgleich bei Scheidungen sprechen auch dogmatische Überlegungen zum Massnahmeverfahren gegen eine Zusprechung desselben. Der Kläger hat der Beklagten deshalb auch in der zweiten Phase von Januar 2017 bis Juni 2018 einen Unterhalt von Fr. 2'750.– zu bezahlen.

### 3.3. Unterhaltsphase III: Juli 2018 für die weitere Dauer des Verfahrens

3.3.1. In der dritten und letzten Unterhaltsphase ab Juli 2018 berücksichtigte die Vorinstanz hinsichtlich der Ausdehnung der Erwerbstätigkeit der Beklagten die Kriterien des nahehelichen Unterhalts (Urk. 2 S. 19). Die Beklagte sei seit 2011 selbständig und habe ab 2012 ein durchschnittliches Einkommen von Fr. 757.– pro Monat erzielt. Ihr Geschäft werfe daher offensichtlich nur einen geringen Ertrag ab. Die Beklagte sei gelernte Floristin, gesund und arbeitsfähig, habe keinerlei Betreuungspflichten und sei im Alter von 46 Jahren in der Lage, sich beruflich anderweitig zu orientieren. Die Beklagte habe ihre Arbeitskraft so einzusetzen, dass sie nach einer ihr für die Abwicklung des Geschäfts zur Verfügung stehenden Zeit ein angemessenes eigenes Erwerbseinkommen erzielen könne. Es stehe der Beklagten frei, ihr Geschäft beizubehalten und in den Tagen, in welchen

das Geschäft geschlossen sei, einer anderweitigen Tätigkeit nachzugehen. Gemäss Internetauftritt habe das Geschäft der Beklagten jeweils am Montag und Dienstag geschlossen und öffne an den übrigen Tagen erst ab 10.00 Uhr. Nachdem das Scheidungsverfahren seit bald zwei Jahren am Gericht hängig sei, seien trotz finanzieller Leistungsfähigkeit des Klägers die Voraussetzungen für die Annahme eines hypothetischen Einkommens bei der Beklagten für die Zukunft gegeben (Urk. 2 S. 20). Als Übergangsfrist für die Aufgabe des Geschäfts bzw. die Steigerung des Ertrags oder Einkommens, den Besuch einer Weiterbildung und der allfälligen Suche nach einer Anstellung seien zehn Monate ab Entscheiddatum angemessen. Entsprechend seien die Unterhaltsbeiträge ab Juli 2018 neu zu berechnen. Die Beklagte sei zwar gelernte Floristin, aber seit Jahren nicht mehr in diesem Beruf tätig gewesen. Aufgrund ihrer jetzigen Tätigkeit erscheine am ehesten eine Anstellung im Bereich des Detailhandels realistisch.

3.3.2. Mit Blick auf den Umstand, dass sich der Bedarf der Beklagten auf Fr. 3'500.– beläuft und die Beklagte - wie sie selbst einräumt (Urk. 12 S. 15) - ab Juli 2018 ein Einkommen von mindestens netto Fr. 3'500.– erzielen kann, erübrigt es sich, im Detail auf die Erwägungen der Vorinstanz und die Vorbringen der Parteien zur Höhe des hypothetischen Einkommens der Beklagten einzugehen. Da die Unterhaltspflicht des Beklagten per Juli 2018 gänzlich entfällt, kann offenbleiben, ob die Beklagte ein höheres hypothetisches Einkommen als Fr. 3'500.– erzielen könnte.

3.3.3. Kann der Beklagten frühestens ab Zustellung des erstinstanzlichen Entscheids ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden (vorn E. 3.1.7), so ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz aufgrund der vorliegenden Umstände eine Übergangsfrist von rund zehn Monaten eingeräumt hat. Das hypothetische Einkommen ist daher ab 1. Juli 2018 zu veranschlagen.

3.4 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen sind die Grundlagen zur Festsetzung des Unterhalts gemäss Dispositivziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung vom 14. August 2017 (Urk. 2) wie folgt anzupassen:

- Erwerbseinkommen Kläger: mehr als Fr. 30'000.– netto / Monat;

- Erwerbseinkommen Beklagte: Fr. 757.– netto / Monat; ab Juli 2018 Fr. 3'500.– netto / Monat;
- Bedarf Kläger: für die Berechnung nicht relevant;
- Bedarf Beklagte: Fr. 3'500.– / Monat.

#### 4. Anrechnung frühere Unterhaltsbeiträge

4.1 Hinsichtlich der bereits geleisteten Unterhaltsbeiträgen des Klägers erwog die Vorinstanz die Anrechnung von Fr. 23'277.35. Zudem könne der Kläger - unter Nachweis der Zahlung - auch allfällig für die Beklagte bereits bezahlte Steuern von den Unterhaltsbeiträgen in Abzug bringen (Urk. 2 S. 23). Der Kläger beantragt die vollständige Aufhebung der Dispositivziffern 1 und 2 des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 1 S. 1). Zur Anrechnung bereits bezahlter Unterhaltsbeiträge macht der Kläger indes keine Ausführungen in seiner Rechtsschrift. In ihrer Berufungsantwort erklärt sich die Beklagte mit der Anrechnung der bereits bezahlten Unterhaltsbeiträge im Umfang von Fr. 23'277.35 einverstanden (Urk. 12 S. 20).

4.2 Mit dem Antrag auf Aufhebung der Dispositivziffern 1 und 2 der vorinstanzlichen Verfügung würde die Anrechnung bereits bezahlter Unterhaltsbeiträge hinfällig. Sinngemäss muss jedoch davon ausgegangen werden, dass der Beklagte diese im Falle der Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen gleichwohl angerechnet haben möchte. Ohnehin erklärt sich auch die Beklagte mit der Anrechnung bereits bezahlter Unterhaltsbeiträge im Umfang von Fr. 23'277.35 einverstanden. Der entsprechende Betrag ist damit an die zuzusprechenden Unterhaltsbeiträge anzurechnen.

4.3 Die Beklagte erachtet die Klausel, wonach der Kläger für berechtigt erklärt wird, allfällige von ihm bezahlte, auf die Beklagte für die Zeitperiode ab 1. Juni 2015 entfallende Steuerbetreffnisse von den rückständigen Unterhaltsbeiträgen in Abzug zu bringen, als gegenstandslos, weil die Parteien seit dem 1. Januar 2014 getrennt steuerpflichtig seien (Urk. 12 S. 21). Mit diesem Einwand ist die Beklagte nicht zu hören, da sie keine selbständige Berufung erhoben hat und eine An-

schlussberufung unzulässig ist. Damit bleibt es bei der Anrechnungsklausel, wie sie die Vorinstanz verfügt hat.

## 5. Fazit

Zusammenfassend hat der Kläger der Beklagten vom 1. Juni 2015 bis und mit 30. Juni 2018 einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'750.– zu leisten. Hernach ist der Beklagten ein hypothetisches Einkommen von Fr. 3'500.– anzurechnen, mit welchem sie ihren Lebensunterhalt selbst zu decken vermag. Daher sind ab dem 1. Juli 2018 für die weitere Dauer des Getrenntlebens keine Unterhaltsbeiträge mehr zuzusprechen.

## IV.

1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu befinden. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 4'500.– festzusetzen.

2. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3. Die Vorinstanz sprach der Beklagten Unterhaltsbeiträge im Gesamtumfang von Fr. 121'530.– (19 x 3'030.– + 18 x 3'430.– + 6 x 370.–) zu, ausgehend von einer Geltungsdauer der vorsorglichen Massnahmen von 2.5 Jahren ab Gesuchseinreichung (3. Juni 2016 [Urk. 6/26]). Der Kläger beantragt die Aufhebung seiner Unterhaltspflicht gegenüber der Beklagten. Mit dem vorliegenden Entscheid wird der Kläger verpflichtet, der Beklagten während des Scheidungsverfahrens einen Unterhalt von Fr. 101'750.– (37 x 2'750.–) zu bezahlen. Somit unterliegt der Kläger im Umfang von rund 85%. Die Beklagte erhob in ihrer Berufungsantwort eine Anschlussberufung, auf welche nicht einzutreten ist. Diesbezüglich unterliegt die Beklagte vollumfänglich. Aufgrund der geringen Aufwendungen des Gerichts im Zusammenhang mit der Anschlussberufung rechtfertigt sich gesamthaft eine Kos-

tenübernahme der Beklagten in der Grössenordnung von 25%. Somit sind die Kosten des Berufungsverfahrens zu 3/4 dem Kläger und zu 1/4 der Beklagten aufzuerlegen.

4. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine nach den Vorschriften der AnwGebV zu bemessende, auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 und Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die volle Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9 und § 11 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 auf Fr. 3'000.– (inkl. MwSt.) festzulegen. Die auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung zugunsten der Beklagten beträgt somit Fr. 1'500.– (inkl. Mehrwertsteuer).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Auf die Anschlussberufung der Beklagten wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit nachfolgendem Erkenntnis.

#### **Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung werden Dispositivziffern 1 und 2 der vorinstanzlichen Verfügung vom 14. August 2017 des Einzelgerichts am Bezirksgericht Winterthur aufgehoben und wie folgt ersetzt:

"1. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten vom 1. Juni 2015 bis und mit 30. Juni 2018 monatliche persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'750.– zu bezahlen.

Hernach sind für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens keine Unterhaltsbeiträge mehr geschuldet.

Die Unterhaltsbeiträge sind an die Beklagte zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Hiervon gelten Fr. 23'277.35 als bereits bezahlt. Der Kläger ist sodann berechtigt, allfällige von ihm bezahlte, auf die Beklagte für die Zeitperiode ab 1. Juni 2015 entfallende Steuerbetreffnisse gegen Nachweis der Bezahlung von den rückständigen Unterhaltsbeiträgen in Abzug zu bringen.

2. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 1 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:
    - Erwerbseinkommen Kläger: mehr als Fr. 30'000.– netto / Monat;
    - Erwerbseinkommen Beklagte: Fr. 757.– netto / Monat; ab Juli 2018 Fr. 3'500.– netto / Monat;
    - Bedarf Kläger: für die Berechnung nicht relevant;
    - Bedarf Beklagte: Fr. 3'500.– / Monat."
  2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'500.– festgesetzt.
  3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger im Umfang von 3/4 und der Beklagte im Umfang von 1/4 auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
  4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen.
  5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, 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 und 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, 16. Mai 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw K. Peterhans

versandt am:  
mc