

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY120005-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

Urteil vom 11. April 2013

in Sachen

A. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Ehescheidung auf Klage (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 23. Januar 2012 (FE110108)

Rechtsbegehren (Urk. 3/1, Prot. I S. 2, sinngemäss):

Die Ehe der Parteien sei gemäss Art. 114 ZGB zu scheiden; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Verfügung des Bezirksgerichtes Dielsdorf, Einzelgericht o.V. vom 23. Januar 2012 (Urk. 2):

- " 1. Der Antrag auf gänzliche Aufhebung von Ziffer 3 lit. c der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 25. September 2009 wird abgewiesen.
2. Ziffer 3 lit. c der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 25. September 2009 wird mit Wirkung ab dem 1. November 2011 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
"Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten ab dem 1. November 2011 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 297.15 zu bezahlen, zahlbar monatlich jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
Sobald sich das Einkommen des Klägers auf über Fr. 3'600.– (netto, inkl. 13. Monatslohn) erhöht, so ist der Unterhaltsbeitrag an die Beklagte um die Hälfte des darüberliegenden Umfangs zu erhöhen."
3. Die Regelung der Kosten und Entschädigungsfolgen bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
4. (Mitteilungssatz)
5. (Rechtsmittel Berufung)"

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1):

" **Anträge:**

1. Die Ziffern 1 und 2 der Verfügung vom 23. Januar 2012 seien aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:
"Ziffer 3 Best. c der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 25. September 2009 wird mit Wirkung per 1. November 2011 aufgehoben."
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Eventualanträge:

1. Die Absätze 2 und 3 der Ziffer 2 der Verfügung vom 23. Januar 2012 seien aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:
" Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten ab dem 1. November 2011 monatliche Unterhaltsbeiträge von höchstens CHF 129.55 zu bezahlen, jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats."
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Prozessuale Anträge:

Dem Beklagten [richtig: Kläger] sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihm sei in der Person von RA X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 5):

- " 1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen des Klägers.

Prozessualer Antrag:

Der Beklagten sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihr in der Person der Unterzeichneten Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Beistand zu bestellen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind Eheleute. Sie haben keine gemeinsamen Kinder. Der Kläger ist Lagerist, die Beklagte arbeitet als Küchenhilfe. Geheiratet haben sie anfangs 2008 in C. _____, ... [afrikanischer Staat]. In der Folge reisten sie in die Schweiz und nahmen hier das Zusammenleben auf (Urk. 3/3).

2. Am 24. März 2009 stellte der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) ein Eheschutzbegehren (Urk. 3/6/1). Im darauf folgenden Verfahren konnte eine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden. Das Eheschutzgericht bewilligte mit Verfügung vom 25. September 2009 das Getrenntleben, merkte vor,

dass die Parteien in der selben Wohnung getrennt leben, ordnete die Gütertrennung an und genehmigte die Vereinbarung über die Trennungsfolgen. In dieser hatte sich der Kläger insbesondere verpflichtet, der Beklagten Fr. 365.– pro Monat für ihren persönlichen Unterhalt zu bezahlen (Urk. 3/6/24).

3. Am 15. Juni 2011 verlangte der Kläger bei der Vorinstanz die Scheidung gemäss Art. 114 ZGB und als vorsorgliche Massnahme die Aufhebung seiner Unterhaltsverpflichtung (Urk. 3/1 S. 2). Die Beklagte widersetzte sich der Scheidung und brachte insbesondere vor, die zweijährige Trennungsfrist gemäss Art. 114 ZGB sei noch nicht abgelaufen (Prot. I S. 3 ff.). Der detaillierte Verfahrensgang kann der angefochtenen Verfügung entnommen werden (Urk. 2 S. 3 f.). Die Vorinstanz hob die Unterhaltsverpflichtung nicht auf, senkte diese aber von Fr. 365.– im Monat auf Fr. 297.15 im Monat, ausserdem verpflichtete sie den Kläger, der Beklagten die Hälfte seines Fr. 3'600.– pro Monat übersteigenden Nettoehnes zu bezahlen (Urk. 2 S. 3 ff. und S. 2 hiavor).

4.1. Gegen die Verfügung vom 23. Januar 2012 erhob der Kläger form- und fristgerecht am 29. Februar 2012 eine Berufung mit eingangs aufgeführten Rechtsbegehren (Urk. 1). Da der Kläger die unentgeltliche Prozessführung beantragt hatte, wurde darauf verzichtet, einen Vorschuss für die Gerichtskosten zu verlangen (Urk. 4 S. 2).

Die Beklagte verlangte in ihrer Berufungsantwort vom 23. April 2012 die vollumfängliche Abweisung der Berufung (Urk. 5 S. 2). Am 16. Dezember 2012 teilte die Vertreterin der Beklagten mit, dass sie die Beklagte nicht mehr vertrete (Urk. 9).

4.2. In der Sache ist vorliegend somit – gleich wie vor der Vorinstanz – einzig die Unterhaltsverpflichtung des Klägers umstritten.

II.

Die Vorinstanz hat die Grundlagen zur Beurteilung der vorliegend relevanten Fragen grundsätzlich zutreffend dargelegt (Urk. 1. S. 6 Ziff. 3). Auf dieses Erwä-

gungen ist daher zu verweisen. Ergänzungen und Präzisierungen werden wenn nötig im Sachzusammenhang angebracht.

III.

1.1. Der Kläger kritisiert zunächst, die Vorinstanz habe das Recht im Sinne von Art. 310 lit. a ZPO verschiedentlich unrichtig angewendet. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung müssten bei definitiv gescheiterten Ehen bereits im Massnahmeverfahren zur Unterhaltsberechnung die Kriterien für den nahehelichen Unterhalt angewendet werden. Der Standpunkt der Vorinstanz, der Entscheid über allfällige naheheliche Unterhaltsansprüche könne nicht im Massnahmeverfahren vorweggenommen werden, sei daher nicht zutreffend. Die Verweigerung der Anwendung dieser Kriterien sei mithin eine formelle Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV (Urk. 1 S. 2 ff. Ziff. 2 lit. a ff. mit Verweisen auf die höchstrichterliche Rechtsprechung).

Die Beklagte hielt dem entgegen, die vorinstanzliche Rechtsauffassung sei zutreffend (Urk. 5 S. 2 Ziff. 1).

1.2. Das Bundesgericht hat in einem jüngeren und publizierten Entscheid festgehalten, dass die rechtliche Grundlage zur Bemessung von Unterhaltsansprüchen auch im Massnahmeverfahren Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (Randtitel: Regelung des Getrenntlebens) ist. Es argumentierte dabei, dass für die vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren in Art. 137 Abs. 2 ZGB in der damals geltenden Fassung die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft ausdrücklich für sinngemäss anwendbar erklärt werden. Daran hat die Einführung der eidgenössischen ZPO nichts geändert. Zwar wurde Art. 137 Abs. 2 ZGB aufgehoben, der Verweis findet sich aber nun mit dem gleichen Wortlaut in Art. 276 Abs. 1 ZPO. Entsprechend ist der Ausgangspunkt der Unterhaltsberechnung nach wie vor nicht Art. 125 ZGB (Randtitel: Nachehelicher Unterhalt). Da aber im Scheidungsverfahren eine Wiedervereinigung der Eheleute nicht angestrebt werde und diese auch unwahrscheinlich ist, muss dem Ziel der wirtschaftlichen Selbstständigkeit des bisher nicht oder nur beschränkt erwerbstätigen Ehegatten bereits eine gewisse Bedeutung zugemessen werden. Insofern

muss in stärkerem Ausmass als im Eheschutzverfahren auf die bundesgerichtlichen Richtlinien zum Scheidungsunterhalt abgestellt werden (BGE 130 III 537 E. 3.2, m.w.H). Das aber die Bestimmungen über das Eheschutzverfahren gänzlich verdrängt würden, lässt sich der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht entnehmen.

Es darf damit auch bei der Beurteilung von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Parteien nach wie vor miteinander verheiratet sind und einander gemäss Art. 159 Abs. 1 ZGB Treue und Beistand schulden sowie gemäss Art. 163 Abs. 1 ZGB gemeinsam für den gebührenden Unterhalt der Familie sorgen müssen.

1.3. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass bei der Unterhaltsberechnung im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren die Kriterien für den nachehelichen Unterhalt **mit**berücksichtigt werden müssen, es ist aber nicht allein auf diese abzustellen. Die im Eheschutzverfahren relevanten Kriterien werden nicht verdrängt. Die Rechtsauffassung des Klägers erweist sich somit als nicht zutreffend und die entsprechende Kritik als unbegründet.

2.1. Weiter rügt der Kläger, die Vorinstanz hätte eine formelle Rechtsverweigerung begangen. Sie habe festgehalten, der Entscheid über nachehelichen Unterhalt dürfe nicht im Massnahmeverfahren vorweggenommen werden, weshalb die Kriterien für den nachehelichen Unterhalt im Massnahmeverfahren grundsätzlich nicht geprüft würden (Urk. 1 S. 4 lit. c).

2.2. Die Vorinstanz stellte sich auf den Standpunkt, ob ein sogenannter "Clean-Break" zwischen den Parteien möglich sei und entsprechend kein nachehelicher Unterhalt festgelegt werden müsse, könne noch nicht abschliessend beurteilt werden, da die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen noch nicht gesichert seien. Sie berücksichtigte dabei einerseits, dass die Ehe nur von kurzer Dauer war und aus dieser keine Kinder hervorgegangen waren, was auf eine nicht lebensprägende Ehe hindeute. Andererseits wies sie auch darauf hin, dass die Beklagte aus ihrem Heimatland C._____ ausgewandert und zum Kläger in die Schweiz gezogen sei. Dieser Umstand deute auf eine lebensprägende Ehe hin (Urk. 2 S. 7 E. 3.2. 1. Absatz).

2.3. Die Vorinstanz prüfte die einschlägigen Kriterien zur Beurteilung von nachehelichem Unterhalt aufgrund der Lebensprägung einer Ehe und kam aufgrund dieser Prüfung zum Ergebnis, dass im Massnahmeverfahren nicht sicher davon ausgegangen werden könne, es werde kein nachehelicher Unterhalt festgelegt. Vor diesem Hintergrund erscheint die Rüge, die Vorinstanz habe eine formelle Rechtsverweigerung begangen, da sie die Kriterien zur Beurteilung des nachehelichen Unterhalts gar nicht erst geprüft habe, als aktenwidrig und damit als offensichtlich unbegründet.

3.1. Der Kläger kritisiert sodann, die Vorinstanz hätte sich bei der Prüfung, ob eine lebensprägende Ehe vorliege, auf Mutmassungen gestützt. Die Beklagte habe nur unsubstantiierte Behauptungen aufgestellt. Die Sachlage sei aber relativ klar. So könne die Beklagte jederzeit zurück nach C._____ reisen, wo sie wieder im Schoss ihrer Familie aufgenommen werde und für sie gesorgt sei. Überdies habe die Klägerin ein Kind in C._____. Ihr sei daher die Rückkehr ohne weiteres zumutbar. Bereits eine summarischen Prüfung ergäbe somit, dass der Beklagten kein nachehelicher Unterhalt zugesprochen werden könne (Urk. 1 S. 4 f. lit. e).

3.2. Dem hielt die Beklagte entgegen, sie sei vor der Eheschliessung selber für ihren Unterhalt aufgekommen. Sie sei dem Kläger in ein fremdes Land gefolgt und müsse nun hier ihre wirtschaftliche Existenz neu aufbauen. Auch wenn sie nach C._____ zurückkehre, müsse sie sich dort ebenfalls wieder von Grund auf eine neue wirtschaftliche Existenz aufbauen. Die Ehe sei daher lebensprägend gewesen; sie dürfe nicht schlechter gestellt werden als vor der Heirat. Die Vorinstanz werde daher darüber befinden müssen, wie lange der Kläger Unterhalt bezahlen müsse (Urk. 5 S. 2 f. Ziff. 1.).

3.3.1. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nicht nur im Falle einer lebensprägenden Ehe nachehelicher Unterhalt geschuldet sein kann. Auch bei nicht lebensprägenden Ehen, muss unter Umständen (befristet) Unterhalt bezahlt werden, um dem unterhaltsberechtigten Gatten den vorehelichen Lebensstandard zu ermöglichen. Es soll dabei ein ehebedingter Nachteil ausgeglichen werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.244/2006 vom 13. April 2007 E. 2.4.8 m.w.H.).

3.3.2. Vorliegend wurden weder substantiierte Behauptungen noch substantiierte Bestreitungen zur wirtschaftlichen Situation der Beklagten in C._____ vorgebracht und auch keine Belege eingereicht. Offensichtlich ist aber, dass die Parteien nur sehr geringe finanzielle Mittel zur Verfügung haben. Die Mittel sind so gering, dass sehr fraglich ist, ob die Beklagte die Rückkehr selbst und eine – allenfalls kurze – Zeitspanne, um in C._____ wirtschaftlich wieder Fuss zu fassen, finanziell bewältigen kann. Neben der Klärung der Lebensprägung der Ehe, wird daher gegebenenfalls auch zu prüfen sein, ob es sich bei der soeben dargelegten finanziellen Problematik um einen im Sinne der unter Ziff. III. 3.3.1. hievon erwähnten höchstrichterlichen Rechtsprechung ausgleichsfähigen ehebedingten Nachteil handelt.

3.3.3. Vor diesem Hintergrund ist der Schluss der Vorinstanz, es stünde – selbst bei einer Rückkehr nach C._____ – nicht sicher fest, dass kein nachehelicher Unterhalt geschuldet sei, nicht zu beanstanden. Das Vorbringen des Klägers, bereits eine summarische Prüfung ergäbe, dass kein nachehelicher Unterhalt geschuldet sei, erweist sich als nicht zutreffend.

4. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz zurecht entschied, es sei nicht sicher, dass kein nachehelicher Unterhalt bezahlt werden müsse und den Antrag auf Aufhebung der Unterhaltsverpflichtung unter diesem Gesichtspunkt abwies.

5.1. Der Kläger kritisierte sodann die Berechnung der Unterhaltsbeiträge zunächst in rechtlicher Hinsicht. Die Vorinstanz habe auf das (falsch berechnete) aktuelle Einkommen abgestellt. Dies sei nicht korrekt, vielmehr hätte die Vorinstanz berechnen müssen, was die Beklagte mit einem ihr zumutbaren Pensum von 100 % verdienen könnte und diesen Verdienst der Unterhaltsberechnung zu Grunde legen (Urk. 1 S. 4 lit. d).

5.2. Dem hielt die Beklagte entgegen, dass ihr bereits ein Pensum von fast 100 % angerechnet werde, sie kein garantiertes Pensum habe und die jetzige Stelle ihren Möglichkeiten und Fähigkeiten entspreche. Dabei wies sie drauf hin, dass sie nicht gut Deutsch spreche und keine Ausbildung habe (Urk. 5 S. 3 Ziff. 2).

5.3.1. Den Akten kann entnommen werden, dass der von der Vorinstanz berechnete Nettolohn von Fr. 2'064.– p.M. auf einem in den Lohnabrechnungen ausgewiesenen Pensum von durchschnittlich rund 147.5 p.M. Stunden basiert. Da die Beklagte im Stundenlohn angestellt ist, ist in ihrem Lohn die Ferienentschädigung enthalten. Bemisst man ein Pensum von 100 % mit rund 180 Stunden Arbeit pro Monat, müsste die Beklagte bei einem Vollpensum $11 \times 180 = 1980$ Stunden pro Jahr bzw. durchschnittlich 165 Stunden im Monat arbeiten. Dies, da ihr vier Wochen Ferien zuzugestehen sind, während deren Dauer sie kein Einkommen erzielt. Die berücksichtigten 147,5 Stunden pro Monat entsprechen daher einen Pensum von rund 90 % (Urk. 2 S. 8 Ziff. 3.3., Urk. 3/29/1). Der Kläger verlangt somit im Ergebnis, dass der Beklagten für die verbleibenden 10 % ein teilhypothetisches Einkommen angerechnet werde.

5.3.2. Das Rechtsinstitut des hypothetischen Einkommens wurde durch höchstrichterliche Praxis begründet, eine positivrechtliche Regelung besteht nicht (vgl. statt vieler BGE 128 II 6 E. 4a). Es gilt in sämtlichen Familiensachen zu prüfen, ob den Parteien ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist, soweit dies zur Deckung des Familienbedarfes nötig ist. Es wird nur aber immerhin erwartet, das Einkommen zu erzielen, das mit zumutbarem Aufwand und gutem Willen *tatsächlich* erzielt werden kann.

5.3.3. Vorliegend kann der Beklagten ein Pensum von 100 % ohne weiteres zugemutet werden. Näher zu untersuchen ist aber, ob eine entsprechende Arbeitsmöglichkeit besteht. Dabei ist auf Tatsachenfeststellungen oder auf die allgemeine Lebenserfahrung abzustellen (BGE 128 III 4 E. 4a ff.). Insbesondere sind dabei die individuellen Umstände wie Alter, Ausbildung, bisherige Berufserfahrung aber auch die aktuelle Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage zu berücksichtigen.

Die Beklagte lebt erst seit 2008 in der Schweiz, sie hat nur beschränkte Sprachkenntnisse und keine Ausbildung. Sie ist nicht eine gesuchte Fachkraft, sondern muss sich mit unvorteilhaften Voraussetzungen im Erwerbsleben behaupten. Dass sie vor diesem Hintergrund nur eine Anstellung im Stundenlohn erhalten und keine Garantie auf ein Pensum von 100 % hat, erscheint nicht un-

glaubhaft. Der Kläger zeigt denn auch nicht konkret auf, wo die Gesuchstellerin eine Arbeitsstelle mit einem garantierten Pensum von 100 % und einem höheren Einkommen finden könnte. Es kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass die Beklagte eine Festanstellung mit einem vollen Arbeitspensum erhalten wird, eine Prognose, ob und in welchem Zeitraum, ist aber basierend auf den vorliegend im summarischen Massnahmeverfahren zur Verfügung stehenden tatsächlichen Grundlagen nicht möglich. Diese Frage wird ggf. im Scheidungsverfahren zu klären sein. Dabei kann nicht unbeachtet bleiben, dass sich auch der Kläger selber schwer tut, überhaupt eine neue Stelle zu finden, obwohl er als Schweizer eigentlich bessere Voraussetzungen hat (Urk. 3/21 S. 2 oben).

Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte von November 2010 bis August 2011 im Durchschnitt nur rund Fr. 1'185 netto p.M. aufgrund eines entsprechend geringerem Arbeitspensums verdiente hatte (Urk. 3/17/4).

Bei der Würdigung dieser Umstände, ist eine gewisse Zurückhaltung angebracht. Zum einen, um den jeder Prognose innewohnenden Unsicherheit gerecht zu werden, zum anderen aufgrund der sehr knappen finanziellen Verhältnisse, die kaum Spielraum bieten, eine zu optimistische Prognose des möglichen Arbeitspensums zu kompensieren. Insgesamt rechtfertigt sich somit die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens basierend auf einem Pensum von 100 % nicht, da nicht mit genügender Sicherheit feststeht, dass die Beklagte die entsprechende Arbeitsmöglichkeit hat.

5.3.4. Dass der Beklagten kein hypothetischen Einkommen basierend auf einem Pensum von 100 % angerechnet wurde, erweist sich im Ergebnis als korrekt. Es kann daher darauf verzichtet werden, abzuklären, ob der Standpunkt der Vorinstanz, dass alleine aufgrund des Umstandes, dass im vorangehenden Eheschutzverfahren kein hypothetisches Einkommen berechnet wurde, auch vorliegend kein solches berücksichtigt werden kann, korrekt ist (Urk. 2 S. 7 Ziff. 3.2. 3. Absatz).

6. Soweit der Kläger vorbringt, es sei überdies unbillig, dass die Beklagte an einem Fr. 3'600.– übersteigenden Einkommen des Klägers hälftig beteiligt sei, zumal es sich dabei um eine im Scheidungsverfahren unangebrachte eheschutz-

rechtliche Berechnungsart handle (Urk. 1 S. 4 lit. d), ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Parteien nach wie vor verheiratet sind. Sie schulden einander nach wie vor Beistand und Treue, sind einander mithin zu Solidarität verpflichtet (vgl. Ziff. III. 1.2. f. hiervor). Sodann liegt nicht eine Situation vor, in der die Eheleute gänzlich getrennte Wege gingen oder gar schwer zerstritten sind. Vielmehr pflegten die Parteien nach wie vor ein intimes Verhältnis, gab doch der Kläger selbst an, er habe bis zur Einigungsverhandlung durchschnittlich einmal pro Monat mit der Beklagten geschlafen (Urk. 3/24 S. 6 lit. c). Auch nicht unberücksichtigt bleiben darf, dass der Beklagten nur ein tiefer Bedarf von rund Fr. 2'300.– zugestanden wird, der zudem deutlich tiefer als jener des Klägers ist (Urk. 2 S. 9). Dass vor diesem Hintergrund und der bei beiden Parteien sehr angespannten finanziellen Lage, in der auch bereits kleine Beträge viel ausmachen, eine Beteiligung an einem allfälligen Mehrverdienst festgelegt wurde, ist nicht zu beanstanden.

7. Zur vom Kläger geforderten Befristung der Unterhaltsverpflichtung ist zunächst auf die unter Ziff. III. 5.3.3. hiervor dargelegte Schwierigkeiten bei der Prognose der Entwicklung des Lohnes und der Arbeitsbedingungen der Beklagten hinzuweisen. Weiter ging die Vorinstanz zurecht davon aus, dass im jetzigen Verfahrensstadium nicht ausgeschlossen werden könne, dass nachehelicher Unterhalt bezahlt werden muss (vgl. Ziff. III. 3.3.1. f.). Wenn nun schon nicht ausgeschlossen werden kann, dass nachehelicher Unterhalt bezahlt werden muss, rechtfertigt sich eine Befristung der vorsorglichen Unterhaltszahlungen erst recht nicht. Die Vorinstanz verzichtete daher zurecht auf eine Befristung.

8.1. Der Kläger wirft der Vorinstanz auch vor, sie habe den Sachverhalt im Sinne von Art. 310 lit. b ZPO falsch festgestellt. Die Vorinstanz hätte bei der Berechnung des Einkommens der Beklagten nicht nur auf die Lohnabrechnungen der Monate September und Oktober 2011 abstellen dürfen, sondern hätte in Nachachtung der Untersuchungsmaxime gemäss Art. 276 Abs. 2 Satz 2 ZPO in Verbindung mit Art. 272 ZPO auch die Lohnabrechnungen der Monate November und Dezember 2011 einfordern müssen. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte im November 2011 gleich viel verdient habe, wie im Oktober 2011. Es müsse daher von einem höheren effektiven Einkommen ausgegangen werden.

8.2.1. Im summarischen Verfahren kann der Sachverhalt nicht mit der gleichen Tiefe abgeklärt werden, wie im ordentlichen Verfahren; es ist denn auch kein Beweis nötig, vielmehr reicht die Glaubhaftmachung. Dafür können die Entscheide auch leichter abgeändert werden, zudem sollen sie auch nur für eine begrenzte Dauer gelten. Bei vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren ist zudem zu beachten, dass nicht ein in der Vergangenheit liegender, abgeschlossener Sachverhalt definitiv beurteilt, sondern eine einstweilige Lösung für sich laufend verändernde Verhältnisse gefunden werden muss. Da immer eine gewisse Zeit zwischen den Eingaben der Parteien und der Entscheidung vergeht, wird der Entscheid dabei nie auf ganz aktuellen tatsächlichen Grundlagen basieren. Wollte das Gericht stets auf die aktuellsten Umstände abstellen, könnte kaum je ein Entscheid getroffen werden. Das Gericht muss daher – nach durchgeführten Parteivorträgen – einen Entscheid fällen, sobald es über die Kenntnis der tatsächlichen Grundlagen verfügt, die für eine korrekte Entscheidfindung notwendig sind.

8.2.2. Die Vorinstanz stützte sich bei der Berechnung des Einkommens auf einen Durchschnittswert basierend auf den beiden Monaten mit den höchsten Einkünften, woraus der erwähnte Lohn von Fr. 2'064.– netto p.M. bzw. ein Pensum von rund 90 % resultierte. Es gilt nun zu berücksichtigen, dass die Beklagte von November 2010 bis August 2011 im Durchschnitt nur rund Fr. 1'185.– netto p.M. verdient hatte und ihr Verdienst dabei zwischen Fr. 746.– netto p.M. und Fr. 1'716.– netto p.M. schwankte (Urk. 3/17/4). Sodann hat die Beklagte kein garantiertes Pensum von 100 %. Dies steht mit den Lohnabrechnungen, die Basis des vorinstanzlichen Entscheides bilden, in Einklang. So arbeitete sie im September nur 124 Stunden, also weniger als ein Pensum von 100 %, im Oktober aber dann rund 171 Stunden, mithin mehr als 100 % (vgl. zur Berechnung des Pensums Ziff. III. 5.3.1. hiervor). Vor diesem Hintergrund muss es als ausgewiesen betrachtet werden, dass die Beklagte ein schwankendes Pensum hat. Insbesondere in Hinblick darauf, dass die Beklagte mit sehr geringen finanziellen Mitteln auskommen muss und kein nennenswertes Vermögen vorhanden ist, mithin in ihrem Budget nur wenig Spielraum zum Ausgleich allfälliger Fehlbeträge besteht, rechtfertigt es sich nicht, ihr den Verdienst eines Pensums von 100 % vollumfänglich anzurechnen. Dem schwankenden Einkommen und der angespannten finan-

ziellen Situation wird aber die Anrechnung eines Pensums von 90 % durchaus gerecht. Daran würden auch Lohnabrechnungen der Monate November und Dezember 2011, selbst wenn diese ein Pensum von 100 % belegen würden, nichts ändern, müsste doch nach wie vor auch wieder mit Monaten mit geringerem Beschäftigungsumfang gerechnet werden und keine Garantie eines Pensums von 100 % bestehen.

Die Vorinstanz konnte also aufgrund der ihr vorliegenden Unterlagen einen im unter Ziff. III. 8.2.1. hiervor dargelegten Sinne korrekten Entscheid treffen. Ihr kann daher nicht vorgeworfen werden, sie habe ihre Untersuchungspflicht verletzt und das Einkommen der Beklagten falsch berechnet.

9.1. Der Kläger rügte auch, dass die Vorinstanz den Abzug, welcher der Beklagten vom Lohn für Verpflegung vorgenommen wird, berücksichtigte. Dieser sei nicht vom Lohn abzuziehen, sondern es sei auf der Bedarfsseite – soweit aufgrund der Arbeitszeiten der Beklagten überhaupt notwendig – ein Zuschlag für auswärtige Verpflegung zu veranschlagen (Urk. 1 S. 7).

Dem hält die Beklagte entgegen, ihr werde vom Arbeitgeber pro Arbeitsstunde Fr. 1.33 abgezogen. Dieser Betrag sei vom Arbeitgeber festgelegt worden, sie habe diesbezüglich keinen Verhandlungsspielraum. Es sei daher auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen, also vom tatsächlich ausbezahlten Lohn auszugehen. Ihr seien dafür aber auch keine Mehrkosten für die auswärtige Verpflegung im Bedarf aufzurechnen (Urk. 5 S. 3 Ziff. 2).

9.2. Der Beklagten ist zuzustimmen, dass im Massnahmeverfahren grundsätzlich auf die tatsächlichen Umstände abzustellen ist. Ihre Behauptung, dass ihr ein Abzug für die Verpflegung gemacht wird, steht sodann mit den Akten (Arbeitsvertrag, Verpflegungsvertrag und Lohnabrechnungen) in Einklang (Urk. 3/29/1 und Urk. 3/17/1 ff.). Gemäss Ziff. III. 3.2. des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (nachfolgenden nur noch Kreisschreiben) ist im Bedarf ein Zuschlag von Fr. 5.– bis Fr. 15.– pro Tag für auswärtige Verpflegung zu veranschlagen. Geht man von einem normalen Arbeitstag von 8.5 Stunden aus, wird der Beklagten ein

Betrag von Fr. $1.33 \times 8.5 = \text{Fr. } 11.30$ abgezogen. Es handelt sich dabei um einen Betrag im vom Kreisschreiben vorgesehenen Bereich, dieser könnte also auch im Bedarf berücksichtigt werden, wenn der Beklagten ein Zuschlag für die auswärtige Verpflegung zugestanden würde.

Im Ergebnis erweist es sich damit als sachgerecht, vom tatsächlich ausbezahlten Lohn der Beklagten auszugehen sowie auf Zuschläge und Abzüge in ihrem Bedarf zu verzichten.

10.1. Schliesslich weist der Kläger darauf hin, dass die Parteien in Bezug auf die Steuern rechtsungleich im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV behandelt würden. So werde bei der Bedarfsberechnung des Klägers die Steuerlast nicht berücksichtigt. Da die Beklagte aber quellenbesteuert und ihr nur der um die Steuer verminderte Lohn angerechnet werde, käme es zu einer indirekten Berücksichtigung ihrer Steuerlast. Dementsprechend sei der der Beklagten angerechnete Lohn um die Steuerlast zu erhöhen (Urk. 1 S. 7 lit. e).

10.2. Die Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 BV ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (vgl. statt vieler: 138 I 321 E. 3.2).

Um dem Gleichbehandlungsgebot gerecht zu werden, darf keine isolierte Betrachtung vorgenommen werden, sondern es sind stets alle relevanten Umstände miteinzubeziehen: Vorliegend ist die Situation der Parteien ähnlich, aber nicht absolut gleich. Zwar sind beide Parteien steuerpflichtig, der Kläger wird aber im ordentlichen Verfahren besteuert, während die Beklagte der Quellensteuer untersteht. Der Kläger kann somit über sein gesamtes Einkommen faktisch verfügen, während die Beklagte nur den um die Steuern verringerten Betrag tatsächlich ausbezahlt erhält. Insofern besteht eine Ungleichheit, die auch eine entsprechende Ungleichbehandlung rechtfertigt bzw. gar gebietet. Die Parteien werden sodann insofern gleich behandelt, als dass bei beiden nur das tatsächlich ausbezahlte Einkommen als zur Deckung des Bedarfes verfügbar betrachtet wird. Dieses Vorgehen führt tatsächlich zu einer Ungleichbehandlung, da dem Kläger – falls ihm kein Steuererlass gewährt wird – Steuerschulden auflaufen können. Dies

relativiert sich jedoch, da er bei anderen Bedarfspositionen von der konkreten Methode im Sinne einer Berücksichtigung von Bedarfspositionen im tatsächlichen Umfang profitiert. So werden ihm beispielsweise mehr als doppelt so hohe Wohnkosten wie der Beklagten angerechnet (Urk. 2 S. 9).

Betrachtet man die Situation insgesamt, ist die Ungleichbehandlung durch einen tatsächlichen Unterschied im Steuerregime, der konsequenten Anwendung des Effektivitätsgrundsatzes und des daraus folgenden Ergebnisses gerechtfertigt. Das vorinstanzliche Vorgehen ist daher auch in diesem Punkt zu schützen.

11. Insgesamt erweist sich die Berufung als unbegründet, weshalb sie abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen ist.

IV.

1.1. Beide Parteien ersuchten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und der Bestellung ihrer Vertretung als unentgeltlichen Rechtsbeistand im Berufungsverfahren (Urk. 1 S. 8 Ziff. 4 und Urk. 5 S. 4).

1.2. Da die Beklagte im vorliegenden Berufungsverfahren obsiegt, muss sie keine Gerichtskosten tragen (vgl. Ziff. V. 2. hiernach). Ihr Gesuch um unentgeltliche Prozessführung ist damit gegenstandslos geworden. Da eine Parteientschädigung im Falle ihrer Uneinbringlichkeit dem Vertreter der unentgeltlich prozessierenden Partei aus der Staatskasse zu leisten ist (vgl. Art. 122 Abs. 2 ZPO), wird der Antrag auf Beigabe einer unentgeltlichen Rechtsvertretung dagegen nicht gegenstandslos und ist nachfolgend zu behandeln.

2. Eine Prozesspartei hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Ist es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig, wird ihr auch ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

3. Wie hiervor dargelegt, hat die Vorinstanz das Einkommen der Beklagten korrekt ermittelt. An der vorinstanzlichen Berechnung des Einkommens und

des Bedarfes des Klägers sowie des Bedarfes der Beklagten zu zweifeln, besteht kein Anlass. Auch ist nicht ersichtlich, dass zwischenzeitlich erhebliche Änderungen eingetreten sind. Es kann daher auf die von der Vorinstanz ermittelten Zahlen abgestützt und davon ausgegangen werden, dass den Parteien je rund Fr. 50.– mehr als ihr Existenzminimum zur Verfügung steht (Urk. 2 S. 10 Ziff. 3.4.). Sie verfügen mithin offensichtlich nicht über die notwendigen Mittel, um den vorliegenden Prozess zu finanzieren. Ebenso offensichtlich ist, dass die Parteien zur Führung des vorliegenden Verfahrens auf die Hilfe eines Anwaltes angewiesen sind.

Da die Anträge der Beklagten nicht aussichtslos waren, ist ihr Gesuch um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin gutzuheissen.

Es bleibt zu prüfen, ob das Rechtsbegehren des Klägers im Zeitpunkt der Ergreifung der Berufung gemäss Art. 117 lit. b ZPO nicht aussichtslos erschien. Dabei kann nicht einfach rückblickend der Schluss gezogen werden, dass, da die Berufung abzuweisen ist, das Rechtsbegehren von Anfang an aussichtslos erschien. Es muss vielmehr abgeklärt werden, wie die Prozessaussichten im Zeitpunkt der Berufungserhebung zu beurteilen waren.

Dabei ist von Bedeutung, dass für die im vorliegenden Verfahren zu klärenden Fragen bezüglich der Bestimmung des Unterhalts im Massnahmeverfahren nur eine sehr allgemeine positivrechtliche Grundlage in Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB besteht. Es muss daher auf die Lehre und Praxis abgestützt und zum Teil auch grosses Ermessen, beispielsweise bei Fragen betreffend eines hypothetischen Einkommens, ausgeübt werden. Wie solche Entscheide ausfallen werden, insbesondere wie das Gericht sein Ermessen ausüben wird, ist schwierig zu prognostizieren. Dabei ist auch von Bedeutung, dass die Berufungsinstanz eine andere Optik als die Vorinstanz hat. Sie betrachtet ein bereits durchgeführtes Verfahren, muss sich häufig nur noch mit einzelnen Fragen beschäftigen und kennt nicht nur die Argumente der Parteien, sondern auch jene der Vorinstanz. Es kann daher in vielen Fällen nicht ausgeschlossen werden, dass die Berufungsinstanz ihr Ermessen abweichend von der Vorinstanz ausübt. Da der Kläger Argumente vorbrachte, die einer sorgfältigen Prüfung bedurften und ihm auch nicht vorgeworfen werden

kann, eine absolut klare Rechtslage grundsätzlich zu verkennen, können seine Rechtsbegehren – obwohl diese nun abzuweisen sind – nicht als zum vornherein aussichtslos qualifiziert werden.

4. Insgesamt sind die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bei beiden Parteien gegeben. Dem Kläger ist daher die unentgeltliche Prozessführung für das Berufungsverfahren zu gewähren. Dem Kläger ist Rechtsanwalt Dr. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand und der Klägerin Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben. Da Rechtsanwältin Y. _____ aber am 16. Dezember 2012 ihr Mandat niederlegte, ist sie nur bis zu diesem Datum zu bestellen (Urk. 9).

V.

1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2, § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (LS 211.11) auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

2. Da der Gesuchsgegner vollumfänglich unterliegt, sind ihm die Kosten in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO aufzuerlegen. Aufgrund der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege sind die Kosten aber auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Gesuchsgegner ist auf seine Rückzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

3.1. Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO spricht das Gericht nach den Tarifen im Sinne von Art. 96 ZPO eine Parteientschädigung zu und verlegt diese in Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO. Gemäss § 1 Abs. 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; LS 215.3) i.V.m. § 11 AnwGebV setzt sich die Entschädigung aus einer Grundgebühr und allfälligen Zuschlägen sowie den nötigen Auslagen zusammen. Im Massnahmeverfahren beträgt die Grundgebühr gemäss § 6 Abs. 1 AnwGebV i.V.m. § 5 Abs. 1 AnwGebV, § 9 AnwGebV rund Fr. 280.– bis Fr. 10'667.–. In diesem Rahmen ist sie unter Berücksichtigung der Verantwortung, der Schwierigkeit des Falls und des Zeitauf-

wandes im Sinne von § 5 Abs. 1 AnwGebV festzulegen. Im Rechtsmittelverfahren ist gemäss § 13 Abs. 1 AnwGebV nur noch darauf abzustellen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch streitig war, und es ist eine Herabsetzung der Grundgebühr vorzunehmen (§ 13 Abs. 4 AnwGebV analog; Abl 2010, S. 2009).

3.2. Vorliegend waren nur die persönlichen Unterhaltsbeiträge für die Klägerin streitig. Die Anwälte trugen im vorliegenden Verfahren nicht überdurchschnittlich viel Verantwortung; unterhaltsrechtliche Fragen weisen zwar durchaus eine gewisse Komplexität auf, müssen aber sehr häufig entschieden werden, es kann daher auch nicht von einer besonderen Schwierigkeit ausgegangen werden, das gleiche gilt entsprechend für den Zeitaufwand.

3.3. Insgesamt ist damit von einer vollen Parteientschädigung von Fr. 1'500.– auszugehen. Aufgrund der finanziellen Lage des Klägers, aufgrund derer ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist, erscheint die Parteientschädigung voraussichtlich uneinbringlich im Sinne von Art. 122 Abs. 2 ZPO. Die Rechtsbeiständin der Beklagten ist daher aus der Gerichtskasse zu entschädigen, der Anspruch auf die Parteientschädigung geht dabei auf den Kanton über.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Beklagten um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin wird gutgeheissen. Der Beklagten wird Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin für das Berufungsverfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich bis zum 16. Dezember 2012 bestellt.
3. Dem Kläger wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und Rechtsanwalt Dr. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis sowie in den Dispositiv-Ziffern 1 und 2 und den Erwägungen Ziff. IV. und V. an Rechtsanwältin lic. iur. Y._____, ... [Adresse].

Es wird erkannt:

1. Der Antrag auf gänzliche Aufhebung von Ziffer 3 lit. c der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 25. September 2009 wird abgewiesen.
2. Ziffer 3 lit. c der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 25. September 2009 wird mit Wirkung ab dem 1. November 2011 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten ab dem 1. November 2011 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 297.15 zu bezahlen, zahlbar monatlich jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

Sobald sich das Einkommen des Klägers auf über Fr. 3'600.– (netto, inkl. 13. Monatslohn) erhöht, so ist der Unterhaltsbeitrag an die Beklagte um die Hälfte des darüberliegenden Umfangs zu erhöhen."

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'500.– für das zweitinstanzliche Verfahren zu bezahlen. Diese Entschädigung wird der Rechtsbeiständin der Beklagten, lic. iur. Y._____, direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die voraussichtlich unerhältliche Parteientschädigung geht im Umfang von Fr. 1'500.– auf die Gerichtskasse über.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 (Art. 98 BGG). Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–

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

Zürich, 11. April 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt am:
dz