

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY120055-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Oswald.

Beschluss und Urteil vom 12. Februar 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (4. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. Dezember 2012; Proz. FE111090

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am tt.mm.1989 geheiratet (act. 5/3). Mit Klage vom 29. November 2011 machte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Berufungsbeklagte) beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich das Scheidungsverfahren anhängig (act. 5/1). Mit der Scheidungsklage stellte die Berufungsbeklagte das folgende Begehren betreffend vorsorgliche Massnahmen (act. 5/1 S. 2):

- "1. Es sei festzustellen, dass die Parteien getrennt leben.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für die Dauer des Scheidungsprozesses angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen."

Anlässlich der Einigungsverhandlung mit freigestellten Parteivorträgen sowie der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 18. Juni 2012, zu welcher der Beklagte und Berufungskläger (fortan Berufungskläger) unentschuldigt nicht erschienen war (vgl. Prot. I S. 4), erneuerte bzw. ergänzte die Berufungsbeklagte ihr Begehren wie folgt (act. 5/16 S. 1):

- "1. Es sei festzustellen, dass die Parteien getrennt leben.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für die Dauer des Scheidungsprozesses angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus ab 1. Dezember 2010."

2. Mit Eingabe vom 2. Oktober 2012 beantragte der inzwischen anwaltlich vertretene Berufungskläger betreffend vorsorgliche Massnahmen die Abweisung des Antrags der Berufungsbeklagten auf Zahlung angemessener monatlicher Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsverfahrens (act. 5/35 S. 2). Die Berufungsbeklagte bezifferte ihr Massnahmebegehren sodann mit Schreiben vom 20. November 2012 wie folgt (act. 5/40 S. 2):

- "Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für die Dauer des Scheidungsprozesses monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.- zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus ab 1. Dezember 2010."

3. Mit Urteil und Verfügung vom 7. Dezember 2012 gewährte die Vorinstanz beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege, bestellte ihre jeweiligen Rechtsvertreter als unentgeltliche Rechtsbeistände und traf im Übrigen den folgenden Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen (act. 43 = act. 4):

- "1. Es wird vorgemerkt, dass die Gesuchsteller zum Getrenntleben berechtigt sind und bereits getrennt leben.
2. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin während der Dauer des Scheidungsverfahrens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 500.– zu bezahlen, zahlbar jeden Monat im Voraus, erstmals per 1. September 2012.

[3.-4. Mitteilung / Rechtsmittel]"

Das Urteil vom 7. Dezember 2012 wurde dem Berufungskläger am 12. Dezember 2012 und der Berufungsbeklagten am 13. Dezember 2012 zugestellt (act. 5/44).

4. Mit Eingabe vom 20. Dezember 2012 (Datum Poststempel: 21. Dezember 2012) erhob der Berufungskläger rechtzeitig Berufung gegen das Urteil vom 7. Dezember 2012 und stellte die folgenden Anträge (act. 2 S. 2):

"Es sei Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Dezember 2012, Geschäfts Nr. FE111090-L/Z4, aufzuheben und festzustellen, dass die Berufungsbeklagte keinen Anspruch auf Unterhaltsbeiträge gegenüber dem Berufungskläger hat;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 % MWSt. zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Ferner stellte der Berufungskläger das Gesuch, es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen sowie ihm in der Person seines Rechtsvertreters einen unentgeltlichen Rechtsbeistand beizugeben (act. 2 S. 2).

5. Mit Beschluss vom 11. Januar 2013 wurde auf das Gesuch des Berufungsklägers um Aufschub der Vollstreckbarkeit nicht eingetreten und ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (Befreiung von der Leistungspflicht eines Kostenvorschusses und der Gerichtskosten und Bestellung

eines unentgeltlichen Rechtsbeistands) gewährt. Mit gleichem Beschluss wurde der Berufungsbeklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 6). Der Beschluss wurde der Berufungsbeklagten am 17. Januar 2013 zugestellt (act. 7/2). Die Berufungsantwort erfolgte mit Eingabe vom 28. Januar 2013 (Datum Poststempel: 28. Januar 2013) und damit rechtzeitig (vgl. Art. 142 Abs. 1 und 3 ZPO). Darin beantragte die Berufungsbeklagte was folgt (act. 8 S. 2:)

"Die Berufung des Beklagten und Berufungsklägers sei vollumfänglich abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Beklagten und Berufungsklägers."

Ferner stellte die Berufungsbeklagte das Gesuch, es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen (act. 8 S. 2).

Die Berufungsantwort wurde dem Berufungskläger zugestellt (act. 10, 11).

6. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 5/1-44). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Die Ausführungen der Vorinstanz zur Zuständigkeit und zum anwendbaren Recht gemäss IPRG sowie dem massgebenden Staatsvertragsrecht (act. 4 S. 3 f.) sind zutreffend. Sie wurden denn auch von keiner Partei beanstandet. Mit hin ist schweizerisches Recht anwendbar. Das vorliegende Rechtsmittelverfahren richtet sich sodann, wie bereits das Scheidungsverfahren vor der Vorinstanz, nach der schweizerischen Zivilprozessordnung ZPO vom 19. Dezember 2008 (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Unterhaltspflicht des Gesuchstellers. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGE 5A_740/2009 E. 1).

Der demzufolge vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gegeben: Im Rechtsmittelverfahren sind die Unterhaltsbeiträge ab 1. September 2012 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens strittig. Der Berufungskläger verlangt die Feststellung, dass die Berufungsbeklagte keinen Anspruch auf Unterhaltsbeiträge habe. Die Berufungsbeklagte hält demgegenüber am angefochtenen Entscheid und an der Festlegung von Unterhaltsbeiträgen in der Höhe von monatlich Fr. 500.– fest. Der noch strittige Betrag im Rahmen des Berufungsverfahrens beträgt demnach Fr. 500.– pro Monat und ergibt auf eine Verfahrensdauer von angenommen drei Jahren einen Streitwert von Fr. 18'000.– (vgl. Peter Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 92 N 7).

Die Berufung, die schriftlich und begründet eingereicht wurde, ist somit zulässig (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO).

3. Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 ZPO). Für Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 172 ff. ZGB gelten die Vorschriften über das summarische Verfahren im Sinne von Art. 248 ff. ZPO unter Vorbehalt von Art. 272 und Art. 273 ZPO (Art. 271 lit. a ZPO).

Gemäss Art. 272 ZPO stellt das Gericht im eherechtlichen Summarverfahren den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Es handelt sich dabei um die eingeschränkte ("soziale") Untersuchungsmaxime (ZK ZPO-Sutter-Somm/Lazic, Art. 272 N 12). Im Verfahren mit sozialer Untersuchungsmaxime (im Gegensatz zu Verfahren mit unbeschränkter Untersuchungsmaxime) sind im Berufungsverfahren Noven nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig (vgl. OGer ZH, NG120001 vom 16. August 2012, ZR 110/2011 Nr. 96 und ZR 111/2012 Nr. 35).

Es geht im summarischen Verfahren sodann darum, in einem raschen Verfahren eine vorläufige Friedensordnung herzustellen. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind daher, bei freier Beweiswürdigung, nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen (FamKomm Schei-

dung/Leuenberger, 2. Auflage 2011, Anh. ZPO Art. 276 N 1 und 17). Glaubhaftmachung bedeutet, dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptung überzeugt sein muss, sondern dass es genügt, wenn auf Grund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fragliche Tatsache spricht. Dabei ist analog zu Art. 8 ZGB eine "Glaubhaftmachungs-last" derjenigen Partei zu beachten, welche sich aus einer behaupteten Tatsache Rechte ableitet (FamPra 2010 S. 705 ff. = BGer 5A_117/2010 vom 5. März 2010 E. 3.3).

III.

1. Grundlage des Unterhaltsanspruchs

1.1. Der Berufungskläger macht in seiner Berufungsbegründung in einem ersten Schritt geltend, dass rein grundsätzlich kein Anspruch der Berufungsbe-klagten auf Unterhalt gegenüber dem Berufungskläger bestehe. Sofern der eheli-che Unterhalt im Rahmen vorsorglicher Massnahmen eines hängigen Schei-dungsprozesses zu bestimmen sei, sei auf die Regeln des Scheidungsunterhaltes abzustellen. Vorliegend würden sowohl Betreuungsunterhalt als auch Unterhalt zur Ausgleichung ehebedingter Nachteile ausser Betracht fallen. Unterhalt zufolge nahehelicher Solidarität könne sodann nur dann geschuldet sein, wenn nach ei-ner lebensprägenden Ehe ein Ehegatte zufolge Vertrauen in die Aufgabenteilung oder zufolge Krankheit nicht fähig sei, selbst für einen dem ehelichen Lebens-standard entsprechenden Lebensunterhalt zu sorgen. Das Arbeitsmarktrisiko sei keine Grundlage, um nahehelichen Unterhalt zufolge nahehelicher Solidarität zuzusprechen. Sofern die Parteien sowohl während der Ehe als auch während ei-ner langen Trennungszeit wirtschaftlich vollkommen unabhängig gewesen seien, bestehe keinerlei Anspruch auf nahehelichen Unterhalt. Vorliegend sei die Beru-fungsbeklagte während der gesamten Dauer des Zusammenlebens sowie seit der Trennung im Jahr 2001 bis ins Jahr 2009 erwerbstätig gewesen. Da sie während der Dauer der Ehe stets selbst für ihren Unterhalt aufgekommen sei, habe sich bei ihr kein Vertrauen in die Ehe als Versorgungsgemeinschaft entwickeln kön-nen. Selbst wenn ein solches Vertrauen während der Ehe bestanden haben soll-

te, bestünde zum jetzigen Zeitpunkt aufgrund der Tatsache, dass die Parteien seit über 10 Jahren getrennt leben würden und die Berufungsbeklagte während der Trennungszeit von über 10 Jahren selbst für ihren Unterhalt aufgekommen und finanziell selbständig gewesen sei, ein solches nicht mehr. Die Ehe sei nicht lebensprägend, womit ein Anspruch auf Unterhalt zufolge nahehehlicher Solidarität von vornherein weg falle (act. 2 S. 3 ff.).

Die Berufungsbeklagte entgegnete in ihrer Berufungsantwort, dass die Parteien auch nach der Trennung eine freundschaftliche Beziehung gepflegt hätten, was sich auch darin zeige, dass die Berufungsbeklagte den Berufungskläger am 30. Juni 2009 nach C._____ [Staat in Südostasien] begleitet habe. Dies sei ein Indiz dafür, dass zwischen den Parteien die Bereitschaft bestanden habe, sich gegenseitig, falls nötig, zu unterstützen. Allein deshalb, weil die Berufungsbeklagte bis im Juni 2009 erwerbstätig gewesen sei und ihren Bedarf habe decken können, habe sie vom Berufungskläger keine zusätzliche Unterstützung benötigt und verlangt. Nach Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes würden nicht nur im Eheschutz-, sondern auch im Massnahmeverfahren in einem Scheidungsverfahren Art. 163 ff. ZGB gelten. Es sei nicht auf die Regelung des Scheidungsunterhalts abzustellen. Wenn die inzwischen eingetretene Bedürftigkeit der Berufungsbeklagten darauf zurückzuführen sei, dass sie arbeitslos geworden sei, sei dies auch im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen zu berücksichtigen. Lediglich in Bezug auf die Frage, inwieweit ein Ehegatte im Hinblick auf die Scheidung seine Arbeitstätigkeit ausdehnen müsse, seien auch im Rahmen vorsorglicher Massnahmen die Kriterien des nahehehlichen Unterhalts nach Art. 125 ZGB mitzubetrachten. Es gehe vorliegend nicht um den Ausgleich ehebedingter Nachteile, sondern um die nach wie vor bestehende eheliche Beistands- und Unterstützungspflicht. Zwar hätten die Parteien seit vielen Jahren getrennt, aber nicht wie ein geschiedenes Ehepaar gelebt, denn die Berufungsbeklagte habe den Berufungskläger nach C._____ [Staat in Südostasien] begleitet und bis zur Auswanderung des Berufungsbeklagten nach C._____ [Staat in Südostasien] hätten die Parteien offiziell einen gemeinsamen Wohnsitz gehabt. Auch deshalb seien nicht die Regeln des nahehehlichen Unterhalts anzuwenden (act. 8 S. 3 ff.).

1.2. Unter dem Titel "Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen" regeln die Art. 163 ff. ZGB den Unterhalt der Familie. Auch nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts in einem Scheidungsverfahren behält der Unterhaltsanspruch seine Grundlage in diesen Gesetzesbestimmungen. Für entsprechende Massnahmen des Scheidungsrechts gelten daher im Grundsatz dieselben Regeln wie im Verfahren vor dem Eheschutzrichter (Philipp Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, AJP 2007, S. 1225; ZK ZPO-Kobel, Art. 276 N 11; BGE 130 III 537 E. 3.2). Die Einleitung des Scheidungsverfahrens ändert folglich nichts daran, dass die Ehe noch besteht und damit der Unterhaltsanspruch seine Grundlage weiterhin in Art. 163 und 164 ZGB findet (Brunner, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage 2010, S. 215, Rz 04.107).

Ist das Scheidungsbegehren anhängig gemacht, so trifft der Scheidungsrichter auf Antrag einer Partei für die Dauer des Prozesses die notwendigen vorsorglichen Massnahmen. Die Höhe des Unterhaltsbeitrages richtet sich wie im Eheschutzverfahren nach den Bedürfnissen der Ehegatten sowie den persönlichen Umständen, d.h. der Lebensstellung und der Leistungsfähigkeit (Philipp Maier, a.a.O., S. 1225 f.; ZK ZPO-Kobel, Art. 276 N 11; vgl. Art. 163 Abs. 3 ZGB). Im Scheidungsverfahren ist zusätzlich zu beachten, dass die vorsorglichen Massnahmen einen anderen Zweck verfolgen als die Eheschutzmassnahmen. Nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsprozesses wird eine Rückkehr zur gemeinsam vereinbarten Aufgabenteilung weder angestrebt noch ist sie wahrscheinlich. Insoweit darf dem Ziel der wirtschaftlichen Selbständigkeit des bisher nicht oder bloss in beschränktem Umfang erwerbstätigen Ehegatten bereits eine gewisse Bedeutung zugemessen und in stärkerem Ausmass als im Eheschutzverfahren auf die bundesgerichtlichen Richtlinien zum Scheidungsunterhalt abgestellt werden (Philipp Maier, a.a.O., S. 1226; vgl. BGE 130 III 537 E. 3.2).

Zur Ermittlung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist in erster Linie auf das Nettoeinkommen der Ehegatten abzustellen. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens darf nur erfolgen, wenn einem Ehegatten die Erzielung eines höheren Erwerbseinkommens tatsächlich möglich und zumutbar wäre. Für die Beurteilung, ob die Erzielung eines entsprechenden Einkommens möglich wäre,

sind in erster Linie die Ausbildung und Berufserfahrung des betroffenen Ehegatten sowie die Situation des Arbeitsmarktes für entsprechend qualifizierte Personen ausschlaggebend (ZK ZPO-Kobel, Art. 276 N 12). Die Frage der Zumutbarkeit richtet sich nach den speziellen Umständen des Einzelfalls und nach den für die Bemessung des nachehelichen Unterhalts geltenden Kriterien (ZK ZPO-Kobel, Art. 276 N 13; Brunner, a.a.O., S. 216, Rz 04.108 mit Verweis auf S. 198, Rz 04.62; vgl. BGE 130 II 537 E. 3.2). Als Faktoren sind dabei insbesondere Alter und Gesundheit sowie das Vorhandensein von minderjährigen Kindern zu berücksichtigen. Weiter ist zu beachten, dass einem Ehegatten, der während einer längeren Zeit nicht erwerbstätig gewesen ist, die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht ohne Weiteres zugemutet werden darf und in der Regel erst dann in Betracht zu ziehen ist, wenn das Erwerbseinkommen des anderen (unterhaltsverpflichteten) Ehegatten nicht ausreicht, um den (durch die Auflösung des gemeinsamen Haushaltes erhöhten) Grundbedarf beider Ehegatten zu decken (ZK ZPO-Kobel, Art. 276 N 13). Die Zusprechung eines Unterhaltsbeitrages kann im Rahmen von Art. 276 ZPO sodann verweigert werden, wenn davon auszugehen ist, dass im Scheidungsurteil kein Unterhalt nach Art. 125 ZGB zugesprochen wird (ZK ZPO-Kobel, Art. 276 N 18).

1.3. Entgegen der Auffassung des Berufungsklägers richtet sich der eheliche Unterhalt nach Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes auch im Rahmen vorsorglicher Massnahmen eines hängigen Scheidungsverfahrens grundsätzlich nach Art. 163 ff. ZGB und nicht nach Art. 125 ZGB. Auch wenn vorliegend die Parteien seit über 10 Jahren getrennt leben (act. 4 S. 4 m.w.H.) und beide die Scheidung wünschen, besteht die Ehe noch, weshalb sich der Anspruch auf Unterhalt der Berufungsbeklagten auf die eheliche Beistands- und Unterstützungspflicht gemäss Art. 163 ZGB stützt. Ob ein Anspruch auf Unterhalt zufolge nachehelicher Solidarität besteht, ist folglich vorliegend nicht zu prüfen. Nur bei der Beurteilung der Frage, ob der Berufungsbeklagten die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zumutbar ist, sind die für die Bemessung des nachehelichen Unterhalts massgebenden Kriterien heranzuziehen.

2. Höhe des Unterhaltsbeitrags

2.1. Was die Leistungsfähigkeit der Berufungsbeklagten betrifft, so ist vorab darauf hinzuweisen, dass die Berufungsbeklagte zwar während des ehelichen Zusammenlebens und während der Trennung bis ins Jahr 2009 erwerbstätig war (act. 4 S. 5 m.w.H.), vorliegend jedoch die heutige Situation massgebend ist. Denn während der Dauer des Scheidungsverfahrens besteht die eheliche Solidarität fort (BGer 5A_124/2008 vom 10. April 2008), was bedeutet, dass ein Ehegatte auch dann Anspruch darauf hat, wenn seine Einkommensschwäche nicht als ehebedingt, sondern als schicksalhaft erscheint, weil er etwa arbeitslos geworden ist (FamKomm Scheidung/Vetterli, 2. Auflage 2011, Art. 176 N 25). Es ist unbestritten, dass die Berufungsbeklagte seit ihrer Rückkehr aus C._____ [Staat in Südostasien] im Frühling 2010 arbeitslos ist und Sozialhilfe bezieht. Sie liess vor Vorinstanz ausführen, dass sie keine Ausbildung habe und nur über schlechte Deutschkenntnisse verfüge und sich bisher erfolglos in Restaurants nach Arbeit erkundigt habe (act. 5/16 S. 3). So bestätigte auch das Sozialzentrum, welches die Berufungsbeklagte finanziell und mittels eines Deutschkurses unterstützt, dass ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt aufgrund der fehlenden Deutschkenntnisse begrenzt seien (act. 5/42/6). Auch wenn das Alter (wenn es sich auch um einen Grenzfall handelt), die Gesundheit und die Tatsache, dass die Ehe kinderlos blieb, die Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit für die Berufungsbeklagte nicht unzumutbar machen, so fehlt es ihr zur Zeit jedoch an der Möglichkeit, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Der Berufungskläger hat das Bestehen dieser Möglichkeit (was eine Tatfrage bildet) sodann auch nicht glaubhaft gemacht. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die Berufungsbeklagte aufgrund ihrer fehlenden Ausbildung, der mangelhaften Deutschkenntnisse und der Situation des Arbeitsmarkts während der Dauer des Scheidungsverfahrens kein Einkommen zu erzielen vermag.

2.2. Der Berufungskläger bestätigte, dass sein Einkommen bzw. die AHV-Rente Fr. 2'023.– betrage (act. 2 S. 8).

2.3. Der von der Vorinstanz festgesetzte Bedarf der Berufungsbeklagten von Fr. 2'279.20 wird vom Berufungskläger nicht beanstandet.

2.4. Die Vorinstanz ging beim Berufungskläger von folgendem Bedarf aus (act. 4 S. 6):

Grundbetrag	Fr. 610.–
Mietkosten	Fr. 0.–
Krankenkasse	Fr. 75.–
Versicherungen	Fr. 0.–
Kosten Mobilität	Fr. 100.–
Telefon, Radio, TV	Fr. 100.–
Arztkosten	Fr. 100.–
Visakosten	Fr. 0.–
Total Bedarf	Fr. 985.–

2.4.1. Der Berufungskläger macht geltend, dass ein Ausländer in C._____ [Staat in Südostasien] höhere Lebenskosten als ein Einheimischer habe, weshalb nicht vom Grundbetrag von Fr. 600.–, sondern von einem solchen von Fr. 800.– auszugehen sei. Für die Mietkosten sei ihm sodann ein Betrag von Fr. 871.– einzusetzen. Er lebe im Moment zwar noch kostengünstig bei der Tochter der Berufungsbeklagten, es bestehe aber das Risiko, dass die Berufungsbeklagte nicht mehr damit einverstanden sei und er unter Umständen eine neue Wohnung suchen müsste. Weiter macht er Kosten von monatlich Fr. 26.– geltend, welche ihm für das "retirement visum", welches zum Aufenthalt von 90 Tage berechtige, anfallen würden.

Zusammenfassend macht er zu den seitens der Vorinstanz ermittelten Bedarfspositionen von Fr. 75.– für die Krankenkasse, Fr. 100.– für die Mobilität, Fr. 100.– für Telefon/Radio/TV und Fr. 100.– für Arztkosten einen Grundbetrag von Fr. 800.–, Mietkosten von Fr. 871.– und Visakosten von Fr. 26.– geltend, was einem Bedarf von total Fr. 2'072.– entspricht (act. 2 S. 8 f.). Der Berufungskläger führte gestützt darauf aus, dass er mit einem Existenzminimum von Fr. 2'072.– und einem Einkommen von Fr. 2'023.– über keinen Überschuss verfüge und somit mangels Leistungsfähigkeit zu keinerlei Unterhaltszahlungen an die Berufungsbeklagte verpflichtet werden könne. Überdies macht er geltend, dass die Verpflichtung zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen gemäss Art. 125 Abs. 3 ZGB

unzumutbar wäre, da er dadurch nicht über das monatliche Einkommen verfügen würde, welches erforderlich sei, um in C._____ [Staat in Südostasien] das Jahresvisum (Retirement Visum) zu erhalten. Dies hätte zur Folge, dass er das Leben in C._____ [Staat in Südostasien] aufgeben müsste, was unzumutbar wäre (act. 2 S. 10 f.).

2.4.2. Die Berufungsbeklagte entgegnete in ihrer Berufungsantwort im Wesentlichen, dass die Beilage 2 (Non-Immigrant Visa) zur Berufungsbegründung aufgrund des Novenverbots gemäss Art. 317 ZPO nicht mehr zu berücksichtigen sei. Das gleiche gelte auch für das neu eingereichte Merkblatt Retirement-Visum C._____ [Staat in Südostasien] (Beilage 4). Die geltend gemachten Visakosten bestreitet sie und macht geltend, es handle sich um ein unzulässiges Novum. Weiter bestreitet sie den vom Berufungskläger geltend gemachten Grundbetrag von Fr. 800.–, da bereits beim von der Vorinstanz eingesetzten Betrag von Fr. 610.–, welcher sich auf die UBS-Studie "Preise und Löhne" stütze, von einem europäischen Lebensstandard ausgegangen werde. Für die Mietkosten sei dem Berufungskläger nichts einzusetzen, da er gar keine Miete bezahlen müsse, wie er vor Vorinstanz ausgeführt habe. Er habe zudem vor Vorinstanz erwähnt, dass er im Falles eines Auszugs mit Mietkosten von Fr. 300.– rechnen müsse, was zeige, dass die nun geltend gemachten Mietkosten wesentlich zu hoch seien (act. 8 S. 7 f.). Weiter bestreitet sie, dass der Berufungskläger über die volle AHV-Rente verfügen müsse, um in C._____ [Staat in Südostasien] bleiben zu können (act. 8 S. 10).

2.4.3. Die Vorinstanz stützte sich bei der Berechnung des Grundbetrags, welcher den Lebenshaltungskosten in C._____ [Staat in Südostasien] entspricht, auf die von der UBS AG herausgegebene Erhebung über "Preise und Löhne rund um die Welt". Daraus ergibt sich, dass das Preisniveau in D._____ [Stadt in C._____] ohne Miete 50.3 % desjenigen der Schweiz entspricht (vgl. act. 3/3 S. 8). Sie kam so auf den Grundbetrag von Fr. 610.– (act. 4 S. 7). Die Berechnung der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Es ist kein Grund ersichtlich, welcher eine Erhöhung des Grundbetrags rechtfertigen würde, geht die Studie der UBS AG doch von europäischen Konsumgewohnheiten und damit von höheren Lebenshal-

tungskosten als denjenigen eines ... [des Staates C._____] aus (vgl. act. 3/3 S. 6). Zudem beträgt der Nettolohn in C._____[Staat in Südostasien] nur 13.1 % des Schweizer Nettolohns (vgl. act. 3/3 S. 9). Die (Schweizer) AHV-Rente des Berufungsklägers liegt damit weit über dem Lohn, welcher ein Einheimischer verdienen würde, weshalb er ohnehin besser gestellt ist als ein ... [des Staates C._____] .

Was die vom Berufungskläger geltend gemachten Mietkosten betrifft, so führte er vor Vorinstanz aus, dass die Berufungsbeklagte bzw. deren Tochter bisher keinerlei Mietzinszahlungen von ihm verlangt habe (act. 5/35 S. 5). Der Berufungskläger hat nicht glaubhaft gemacht, dass während der Dauer des Scheidungsverfahrens Mietkosten anfallen werden und auch seitens der Berufungsbeklagten liegen keine Hinweise vor, dass sie bzw. ihre Tochter plötzlich solche verlangen würde. Demnach ist den Erwägungen der Vorinstanz, dem Berufungskläger für die Dauer des Scheidungsverfahrens keinen hypothetischen Mietzins anzurechnen (act. 4 S. 7), zu folgen.

Wie bereits unter Ziffer II.3 vorstehend erwähnt, sind im Verfahren mit sozialer Untersuchungsmaxime im Berufungsverfahren Noven nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Vor Vorinstanz hat der Berufungskläger weder belegt noch näher begründet, weshalb ihm Visakosten entstehen. Die nun im Berufungsverfahren eingereichten Beilagen act. 3/1 und 3/4, mit welchen belegt werden soll, dass der Berufungskläger monatlich Fr. 26.– für das Visum bezahlen muss, können nicht mehr berücksichtigt werden, da der Berufungskläger nicht darlegt, weshalb diese Unterlagen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Folglich bleibt es dabei, dass die Visakosten, welche der Berufungskläger vor Vorinstanz mit monatlich Fr. 100.– (act. 35 S. 6) und im Berufungsverfahren mit Fr. 26.– pro Monat bezifferte (act. 2 S. 9), im Bedarf nicht zu berücksichtigen sind.

Nach dem Gesagten bleibt es bei der vorinstanzlichen Berechnung des Bedarfs des Berufungsklägers in der Höhe von Fr. 985.–.

2.5. Zusammenfassend verfügt der Berufungskläger mit einem Bedarf von Fr. 985.– und einem Einkommen von Fr. 2'023.– über einen Überschuss von Fr. 1'038.–, welcher ihm ermöglicht, der Berufungsbeklagten Unterhaltsbeiträge zu leisten. Da die Berufungsbeklagte mangels Einkommen ihren Bedarf nicht decken kann, ist der Berufungskläger aufgrund der während des Bestehens der Ehe geltenden Beistands- und Unterstützungspflicht gemäss Art. 163 ZGB verpflichtet, ihr während der Dauer des Scheidungsverfahrens solche zu bezahlen. Die Vorinstanz setzte den Unterhaltsbeitrag auf Fr. 500.– pro Monat fest (act. 4 S. 8 f.). Die Berufungsbeklagte hat dagegen nicht Berufung erhoben. Die vorliegend geltende Dispositionsmaxime bedeutet im Rechtsmittelverfahren, dass das Gericht an die Anträge des Rechtsmittelklägers gebunden ist und ihn nicht schlechter stellen kann als das Ergebnis des vorinstanzlichen Verfahrens (Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 510). Deshalb kann kein höherer Unterhaltsbeitrag zugesprochen werden. Gründe für einen tieferen Unterhaltsbeitrag sind sodann nicht ersichtlich, nachdem die Vorinstanz dem Berufungskläger bei der Festsetzung der Höhe des Unterhaltsbeitrags bereits entgegengekommen ist (vgl. act. 4 S. 8 f.). Der Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 500.– ist deshalb zu bestätigen.

Vom Berufungskläger wurde sodann nicht explizit beanstandet, dass die Unterhaltsbeiträge rückwirkend ab 1. September 2012 zugesprochen wurden. Die diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen (act. 4 S. 9 f.) erweisen sich ausserdem als nachvollziehbar.

Der Argumentation des Berufungsklägers, wonach die Verpflichtung zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen gemäss Art. 125 Abs. 3 ZGB unzumutbar wäre, kann nicht gefolgt werden. Wie bereits unter Ziffer III.1.3 vorstehend erwähnt, richtet sich der eheliche Unterhalt nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts auch im Rahmen vorsorglicher Massnahmen eines hängigen Scheidungsverfahrens grundsätzlich nach Art. 163 ff. ZGB und nicht nach Art. 125 ZGB. Art. 163 ff. ZGB sehen keine Möglichkeit vor, den Unterhaltsanspruch eines Ehegatten ausnahmsweise zu kürzen oder ganz zu versagen, wenn er offensichtlich unbillig wäre. Eine analoge Anwendung von Art. 125 Abs. 3 ZGB kommt somit nicht in Frage

(vgl. auch FamKomm Scheidung/Vetterli, 2. Auflage 2011, Art. 176 N 26; Jann Six, Eheschutz, Bern 2008, S. 58 N 2.67). Selbst wenn man die Kriterien gemäss Art. 125 Abs. 1 und 2 ZGB einbezieht, kann heute nicht mit derart grosser Wahrscheinlichkeit damit gerechnet werden, dass im Scheidungsverfahren kein nachehelicher Unterhalt nach Art. 125 ZGB zu erwarten ist, so dass dies dazu führen würde, von der Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen während der Dauer des Scheidungsverfahrens abzusehen.

Die Berufung des Berufungsklägers ist daher in Bestätigung des angefochtenen Entscheids abzuweisen.

IV.

1. Es rechtfertigt sich vorliegend, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens bereits im vorliegenden Entscheid zu befinden und nicht bis zum Endentscheid zuzuwarten (Art. 104 Ziff. 3 ZPO). Ausgangsgemäss wird der Berufungskläger für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr richtet sich nach dem eingangs aufgezeigten Streitwert des Berufungsverfahrens von Fr. 18'000.– sowie nach § 4 Abs. 1 bis 3, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Sie ist auf Fr. 1'200.– festzusetzen. Für die Bemessung der Parteientschädigung sind § 4 Abs. 1 bis 3, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) massgeblich. Eine Parteientschädigung von Fr. 1'600.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer erscheint angemessen. Der Berufungskläger hat die Berufungsbeklagte demnach mit Fr. 1'728.– zu entschädigen.

2. Mit Beschluss vom 11. Januar 2013 wurde dem Berufungskläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (act. 6).

Zu bejahen ist auch die Bedürftigkeit der Berufungsbeklagten im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO, ist sie doch mangels Einkommen von der Sozialhilfe abhängig

(act. 9). Zudem waren ihre Standpunkte im vorliegenden familienrechtlichen Verfahren nicht aussichtslos (Art. 117 lit. b ZPO). Ferner ist die Berufungsbeklagte im Rechtsmittelverfahren aufgrund der persönlichen Verhältnisse und der Tragweite des Entscheids auf rechtlichen Beistand angewiesen, zumal auch der Berufungskläger anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Deshalb ist ihr eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Das Gesuch der Berufungsbeklagten auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird allerdings gegenstandslos, weil ihr keine Kosten auferlegt werden.

Die der Berufungsbeklagten aufgrund ihres Obsiegens geschuldete Parteientschädigung steht infolge prozessrechtlicher Legalzession direkt ihrer unentgeltlichen Rechtsbeiständin zu (ZK ZPO-Emmel, Art. 122 N. 12).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Berufungsbeklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird abgeschrieben.
2. Der Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts, 4. Abteilung, des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. Dezember 2012 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Berufungskläger auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht des Berufungsklägers gestützt auf Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Der Berufungskläger wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsbeiständin der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'728.– (Fr. 1'600.– zuzüglich Fr. 128.– Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.
5. 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. ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 18'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Oswald

versandt am: