

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY170048-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie
Leitender Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Beschluss und Urteil vom 10. Juli 2018

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes in Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichtes Hinwil vom 23. August 2017; Proz. FE150244

Rechtsbegehren:

(act. 7/70 = act. 5/1 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin rückwirkend ab 16. Februar 2016 und für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens Unterhaltsbeiträge von CHF 5'240.00 pro Monat zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Eventualiter sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin rückwirkend ab 16. Februar 2016 und für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens Unterhaltsbeiträge von CHF 3'860.00 pro Monat zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

[2.-3. ...]"

**Verfügung Z07 des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Hinwil
vom 23. August 2017:**

(act. 3/1= act. 6 = act. 7/98)

- "1. Das Verfahren betreffend vorsorglicher Massnahmen wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Es werden keine Kosten erhoben.

[3.-4. Mitteilung, Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

Anträge der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 2 S. 2 f.):

- "1. Es sei Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 23. August 2017 (Geschäfts-Nr. FE150244-E/Z07) aufzuheben und es sei der Berufungsbe-klagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin rückwirkend ab 16. Februar 2016 und für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens bis zum Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils im Unterhaltspunkt Unterhaltsbeiträge von monatlich CHF 5'240.00, eventualiter von CHF 4'540.00, zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
2. Eventualiter sei Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 23. August 2017 (Geschäfts-Nr. FE150244-E/Z07) aufzuheben und es sei das Ver-fahren zur Entscheidung über die Anträge der Berufungsklägerin betreffend vor-sorgliche Massnahmen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag von CHF 5'000.00 zzgl. 8% MwSt. zu bezahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Prozessuales Gesuch der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 2 S. 3):

- "1. Eventualiter sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihr in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
2. Es sei davon abzusehen, von der Berufungsklägerin einen Kostenvorschuss für Gerichtskosten zu erheben."

Anträge des Beklagten und Berufungsbeklagten:

-

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Parteien heirateten am tt. Mai 2005. Sie sind Eltern der gemeinsamen Tochter C._____, geb. tt.mm.2006. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) hat zudem einen vorehelichen Sohn namens D._____, geb. tt. März 1996 (vgl. act. 7/2 und act. 7/6/1 S. 4). Der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagter) erlitt im Jahr 2009 einen Hirnschlag und lebt seit-her von Renten der AHV/IV und der beruflichen Vorsorge. Die Klägerin ist ohne Erwerbstätigkeit, alkoholabhängig und wird von der Sozialhilfe unterstützt (vgl. act. 3/2 S. 4). Die zuständige Behörde (im damaligen Zeitpunkt die Vormund-schaftsbehörde E._____) ordnete am 6. Juli 2010 Kindesschutzmassnahmen für C._____ an (Beistandschaft, Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der El-tern, Fremdplatzierung, vgl. act. 7/47/6).

1.2 Am 30. Juli 2012 ersuchte die Klägerin das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Hinwil um den Erlass von Eheschutzmassnahmen. Das Eheschutzverfahren wurde (soweit es die Anträge auf Festsetzung von Un-

terhaltsbeiträgen betraf) am 24. September 2013 sistiert (auf die weiteren Anträge der Klägerin wurde nicht eingetreten). Die Sistierung erfolgte in Anwendung von Art. 27 LugÜ aufgrund der früheren Rechtshängigkeit eines Trennungsverfahrens in Savona (Italien; vgl. act. 7/6/1, 7/6/57 und 7/6/62).

1.3 Seit dem 22. Dezember 2015 stehen sich die Parteien vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichts Hinwil (nachfolgend Vorinstanz) im Scheidungsverfahren gegenüber (vgl. die beigezogenen Akten der Vorinstanz, act. 7/1-101).

1.4 Mit Eingabe vom 16. Februar 2017 stellte die Klägerin das eingangs angeführte Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Verpflichtung des Beklagten, ihr für die Zeit ab dem 16. Februar 2016 Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, vgl. act. 7/70 = act. 5/1).

1.5 Die Vorinstanz schied die Parteien mit Urteil vom 23. August 2017 und verpflichtete den Beklagten, der Klägerin nacheheliche monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'540.00 wie folgt zu bezahlen: ab dem 16. Februar 2016 (dem Zeitpunkt, ab welchem die Klägerin Unterhaltsbeiträge als vorsorgliche Massnahmen verlangt hatte) bis zum Eintritt der Klägerin in das AHV-berechtigte Alter. Weiter entschied die Vorinstanz, die Tochter C._____ sei unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien zu belassen, die bestehenden Kindesschutzmassnahmen (Fremdplatzierung, Beistandschaft) seien weiterzuführen und es werde kein Kindesunterhaltsbeitrag festgesetzt (vgl. act. 7/94).

1.6 (Ebenfalls) am 23. August 2017 erliess die Vorinstanz die eingangs angeführte Verfügung Z07, mit der sie das Verfahren über die vorsorglichen Massnahmen als gegenstandslos geworden abschrieb (act. 7/98 = act. 3/1). Die Verfügung wurde der Klägerin am 26. Oktober 2017 zugestellt (vgl. act. 3/1 S. 2 und act. 7/99).

1.7 Der Beklagte erhob Berufung gegen das Scheidungsurteil und focht die Verpflichtung zur Leistung nachehelicher Unterhaltsbeiträge an. Die II. Zivilkammer wies die Berufung mit Urteil vom 30. Januar 2018 ab und bestätigte das Urteil vom 23. August 2017 (vgl. das Verfahren LC170041). Der Beklagte erhob gegen

das Urteil vom 30. Januar 2018 eine Beschwerde nach dem Bundesgerichtsgesetz, welche aktuell vor dem Bundesgericht hängig ist.

1.8 Mit Eingabe vom Montag, 6. November 2017 (Datum Poststempel), erhob die Klägerin Berufung gegen die erwähnte Verfügung vom 23. August 2017 (vgl. soeben Ziff. 1.6). Sie stellte die eingangs angeführten Berufungsanträge (act. 2).

1.9 Mit Verfügung vom 7. März 2018 setzte der Vorsitzende der Kammer dem Beklagten Frist an, um die Berufung zu beantworten und zum Antrag auf Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags Stellung zu nehmen (act. 8). Die Verfügung wurde dem Rechtsvertreter des Beklagten am 16. März 2018 zugestellt (act. 9). Der Beklagte erstattete keine Berufungsantwort und reichte keine Stellungnahme zum Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags zu den Akten.

1.10 Es wurde davon abgesehen, für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss einzuholen (Art. 98 ZPO). Das Berufungsverfahren ist spruchreif.

2. Vorbemerkungen zum Berufungsverfahren

2.1 Gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens über vorsorgliche Massnahmen ist die Unterhaltspflicht des Beklagten. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGer 5A_740/2009 vom 2. Februar 2010, E. 1).

Der Rechtsmittelstreitwert von mindestens Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gegeben. Auf die rechtzeitig schriftlich und begründet eingereichte Berufung ist somit einzutreten.

2.2 Der Beklagte reichte wie eingangs erwähnt keine Berufungsantwort und keine Stellungnahme zum Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags zu den Akten. Das Verfahren nimmt daher androhungsgemäss (act. 8) ohne Berufungsantwort und Stellungnahme seinen Fortgang (Art. 147 ZPO) und es ist aufgrund der Akten zu entscheiden (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Auflage 2016, Art. 312

N 8, 31; BK ZPO-STERCHI, Art. 312 N 13). Vorbehalten bleiben Abklärungen des Gerichts in Anwendung des im vorliegenden Verfahren zu beachtenden Untersuchungsgrundsatzes. Darauf wird weiter unten zurückgekommen (vgl. unten Ziff. 5.1.2).

3. Gegenstandslosigkeit des Verfahrens über vorsorgliche Massnahmen

3.1 Die Vorinstanz verwies im angefochtenen Entscheid vom 23. August 2017, mit dem sie das Verfahren über vorsorgliche Massnahmen als gegenstandslos geworden abschrieb, auf das Scheidungsurteil der Parteien, das ebenfalls vom 23. August 2017 datiert (act. 3/1 mit Hinweis auf act. 7/94 = act. 3/2). Die Vorinstanz setzte im Urteil vom 23. August 2017 die nachehelichen Unterhaltsansprüche ab dem 16. Februar 2016 fest, also ab dem Datum, ab welchem die Klägerin Unterhaltsbeiträge als vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Scheidungsverfahrens verlangt hatte. Daher, so die Vorinstanz weiter im Scheidungsurteil sowie in der angefochtenen Verfügung, falle das Rechtsschutzinteresse am Antrag auf Anordnung der vorsorglichen Massnahmen gemäss Ziffer 1 des eingangs angeführten Begehrens dahin (act. 3/2 E. III./2.; act. 3/1 S. 2).

3.2 Der Beklagte erhob wie eingangs erwähnt Berufung gegen das Scheidungsurteil vom 23. August 2017 (vgl. vorne Ziff. 1.7). Da die Berufung Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids hemmt (Art. 315 Abs.1 ZPO), waren die Unterhaltsansprüche der Klägerin (auch rückwirkend für die Zeit ab 16. Februar 2016) nicht vollstreckbar. Bereits dies zeigt, dass die Klägerin unabhängig vom Erlass des Scheidungsurteils ein schützenswertes Interesse am Erlass vorsorglicher Massnahmen hatte: Als vorsorgliche Massnahmen festgelegte Unterhaltsbeiträge wären ungeachtet einer Berufung des Beklagten vollstreckbar geblieben, da einer solche Berufung nach Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO keine aufschiebende Wirkung zukommt (vorbehalten wäre eine abweichende Anordnung der Berufungsinstanz, Art. 315 Abs. 5 ZPO).

Nach dem Erlass des eingangs erwähnten Urteils der Kammer vom 30. Januar 2018 änderte sich die Situation zwischenzeitlich. Die Kammer bestätigte das Urteil der Vorinstanz vom 23. August 2017, und die im letztgenannten Urteil ange-

ordneten Unterhaltsbeiträge wurden damit vollstreckbar (vgl. vorne Ziff. 1.7). Das vom Beklagten gegen das Urteil vom 30. Januar 2018 angehobene Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht führte erneut zu einer anderen Situation: Das Bundesgericht gewährte der Beschwerde des Beklagten mit Verfügung vom 26. März 2018 im Umfang der verfallenen Unterhaltsbeiträge aufschiebende Wirkung (vgl. die Akten des Geschäfts LC170041). Die rückwirkend ab dem 16. Februar 2016 angeordneten Unterhaltszahlungen waren und sind damit erneut nicht vollstreckbar, und die Klägerin hat aus diesem Grund ein schützenswertes Interesse an der Beurteilung ihres Massnahmebegehrens.

An diesem Interesse würde sich auch bei einer Abweisung der erwähnten Beschwerde an das Bundesgericht nichts Entscheidendes ändern. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Urteil vom 23. August 2017 wären dann zwar (wieder) vollstreckbar. Der Klägerin verlangte jedoch als vorsorgliche Massnahme einen etwas höheren Unterhaltsbeitrag. Dessen Berechnung stützt sich auf eine andere Rechtsgrundlage als der Anspruch auf nahehelichen Unterhalt: Während sich naheheliche Unterhaltsbeiträge nach Art. 125 ZGB bemessen, sind für Unterhaltsbeiträge als vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens (auch materiell) die Bestimmungen über den Schutz der ehelichen Gemeinschaft massgeblich (Art. 276 Abs. ZPO). Die Anforderungen an einen Unterhaltsanspruch und die Bemessungskriterien sind während der Dauer der Ehe daher nicht dieselben wie danach (vgl. BSK ZGB I-SCHWANDER, 5. Auflage 2014, Art. 176 N 2 mit Hinweisen).

Die Klägerin hat somit ungeachtet des Entscheids der Vorinstanz über die nahehelichen Unterhaltsbeiträge (rückwirkend ab dem 16. Februar 2016) und unabhängig vom Ausgang des Rechtsmittelverfahrens über den nahehelichen Unterhalt ein schützenswertes Interesse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) an der Beurteilung ihres Massnahmebegehrens. Das gilt auch unabhängig vom Argument der Vorinstanz, es seien für die Bemessung der Unterhaltsbeiträge seit 16. Februar 2017 keine erheblichen Veränderungen geltend gemacht worden (act. 3/2 S. 9). Die Vorinstanz hat das Verfahren über vorsorgliche Massnahmen damit zu Unrecht als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

3.3 Das nach Art. 59 IPRG zuständige schweizerische Scheidungsgericht ist nach Art. 62 Abs. 1 IPRG auch zuständig zum Erlass vorsorglicher Massnahmen. Dass im eingangs erwähnten Trennungsverfahren der Parteien in Italien eine Unterhaltsentscheidung ergangen wäre, welche für die Dauer des Scheidungsverfahrens weiter gälte und allenfalls abgeändert werden könnte (vgl. BSK IPRG-BOPP, 3. Auflage 2013, Art. 62 N 20, 22), wird nicht geltend gemacht und ist nicht ersichtlich. Das schweizerische Scheidungsgericht hat deshalb die entsprechenden vorsorgliche Massnahmen (originär) anzuordnen (vgl. BOPP, a.a.O.).

3.4 Auf das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen ist somit einzutreten. Die Verfügung vom 23. August 2017 (act. 3/1) ist deshalb aufzuheben und die Berufung insoweit gutzuheissen.

4. Neuer Entscheid durch die Rechtsmittelinstanz

4.1 Die Berufung hat in der Regel reformatorische Wirkung (HUNGERBÜHLER/BUCHER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 311 N 20). Heisst die Berufungsinstanz die Berufung gut, so entscheidet sie daher in der Regel neu. Sie kann die Sache auch an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. b und lit. c ZPO). Das Interesse an der Zweistufigkeit des Entscheidungsprozesses (Instanzenzug) ist dabei nach pflichtgemäsem Ermessen mit dem Gebot der Prozessbeschleunigung abzuwägen, wobei die neue Entscheidung des Berufungsgerichtes den Regelfall darstellt und die Rückweisung eher die Ausnahme bildet (vgl. OGer ZH LF150003 vom 14. April 2015, E. II./D./2.1). Da es sich um eine Kann-Vorschrift handelt, ist die Berufungsinstanz frei, auch dann neu zu entscheiden, wenn die erste Instanz einen wesentlichen Teil der Klage nicht beurteilt hat oder wenn der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu ergänzen ist. Insbesondere bei Spruchreife oder wenn allfällige Lücken im erstinstanzlichen Entscheid innert angemessener Frist und mit vertretbarem Aufwand von der Berufungsinstanz selbst geschlossen werden können, ist ein neuer Entscheid angezeigt. Beim zu treffenden Ermessensentscheid sind auch die Anträge der Parteien (neuer Entscheid oder Rückweisung) zu berücksichtigen (ZK ZPO-REETZ/HILBER, 3. Auflage 2016, Art. 318 N 25 f.).

4.2 Die Klägerin verlangte im Hauptantrag einen neuen Entscheid der Berufungsinstanz über ihr Massnahmebegehren (act. 2 S. 2). Der Beklagte erstatte wie eingangs erwähnt keine Berufungsantwort und stellte keine Berufungsanträge, obwohl ihm Frist dazu angesetzt wurde. Insbesondere bezog er damit keine Stellung zum Antrag der Klägerin auf Erlass eines neuen Entscheids durch die Berufungsinstanz.

4.3 Das Verfahren über die vorsorglichen Massnahmen ist spruchreif. Zum vor Vorinstanz durchgeführten Verfahren ist im Einzelnen Folgendes festzuhalten:

4.3.1 Die Klägerin stellte und begründete ihr Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen wie erwähnt mit Eingabe vom 16. Februar 2017 (act. 7/70). Die Vorinstanz lud die Parteien daraufhin auf den 24. März 2017 zur Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen (und zur Fortsetzung der Hauptverhandlung) vor (act. 7/72). In der Folge stellte der Beklagte ein Verschiebungsgesuch (act. 7/74). Die Absprache eines neuen Termins führte gegenüber dem Rechtsvertreter des Beklagten zu keinem Ergebnis. Der Rechtsvertreter des Beklagten erklärte der Vorinstanz am 30. März 2017 telefonisch (nachdem die Protokollführerin mehrfach mit seinem Sekretariat gesprochen hatte), er habe seinen Klienten nicht erreicht, werde aber in der Lage sein, sich am darauffolgenden Tag mit Terminangaben zu melden (Vi-Prot. S. 39). Am 31. März 2017 erfolgte keine Rückmeldung des Vertreters des Beklagten (Vi-Prot. S. 40). Daraufhin lud die Vorinstanz die Parteien auf den 31. Mai 2017 vor (act. 7/77; Vi-Prot. S. 40).

4.3.2 Das Sekretariat des Rechtsvertreters des Beklagten kontaktierte die Vorinstanz 10 Minuten vor dem Verhandlungstermin am 31. Mai 2017 telefonisch und wies darauf hin, Rechtsanwalt Y._____ leide an einer Magen-Darm-Grippe und unter Schwindel. Anlässlich der Verhandlung vom 31. Mai 2017 erschien sodann lediglich der Rechtsvertreter der Klägerin. Der Beklagte wurde als "unentschuldigt nicht erschienen" im Protokoll vermerkt (Vi-Prot. S. 41 f.). Mit Schreiben vom 7. Juni 2017 an die Vorinstanz entschuldigte sich der Vertreter des Beklagten für seine Abwesenheit, nahm Bezug auf seine Erkrankung und erklärte, eine plötzlich aufgetretene Magen/Darmgrippe verbunden mit Drehschwindel habe es ihm unmöglich gemacht, an der anberaumten Gerichtsverhandlung zu erscheinen und

den Beklagten vorher abzuholen. Die Erkrankung habe ihn mehrere Tage von der Arbeit ferngehalten. Über ein Arztzeugnis verfüge er nicht, weil er keinen Arzt aufgesucht habe. Er könne aber noch seinen Vertrauensarzt aufsuchen und ein Zeugnis ausstellen lassen, wenn das gewünscht werde (act. 7/83).

4.3.3 Die Vorinstanz hielt dem Beklagten im Scheidungsurteil vom 23. August 2017 entgegen, dass er zur (Haupt-)Verhandlung vom 31. Mai 2017 unentschuldig nicht erschienen sei. Da die Ladung dem Beklagten und seinem Rechtsvertreter nicht abgenommen worden sei, sei der Beklagte säumig gewesen. Das Schreiben vom 7. Juni 2017 erachtete die Vorinstanz sowohl unter dem Blickwinkel eines Verschiebungs- als auch eines Wiederherstellungsgesuchs (Art. 135 und Art. 148 ZPO) als ungenügend. Auf die Anforderungen eines Verschiebungsgesuchs, so die Vorinstanz, sei in der Vorladung hingewiesen worden. Krankheiten seien mittels Arztzeugnissen zu beweisen oder zumindest glaubhaft zu machen, was dem Rechtsvertreter des Beklagten bekannt sei. Er hätte daher unaufgefordert ein Arztzeugnis einreichen müssen. Ein Arztbesuch (und ein entsprechendes Zeugnis) nach dem 7. Juni 2017 wäre aber ohnehin nicht mehr geeignet gewesen, einen Nachweis zu erbringen, dass der Rechtsvertreter am 31. Mai 2017 krank gewesen sei (act. 3/2 S. 7 f.). Der Beklagte beanstandete dies im Rechtsmittelverfahren gegen das Scheidungsurteil vom 23. August 2017 nicht (vgl. LC170041 act. 103).

4.3.4 Zu prüfen bleibt, wie es sich mit der Säumnis anlässlich der Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen (ebenfalls vom 31. Mai 2017) verhält. Der Beklagte stellte auch insoweit sein erwähntes Verschiebungs- bzw. Wiederherstellungsgesuch, über welches die Vorinstanz (auch nicht sinngemäss) entschied, da sie das Massnahmeverfahren ohne weiteres als gegenstandslos geworden abschrieb. Insoweit ist über das Gesuch des Beklagten deshalb noch zu entscheiden.

Wer um Verschiebung einer Verhandlung ersucht, hat das Gesuch (mit Blick auf zureichende Gründe nach Art. 135 ZPO) hinreichend (d.h. glaubhaft) zu begründen und soweit möglich zu belegen (HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 135 N 9). Dasselbe gilt für ein Wiederherstellungsgesuch nach Art. 148 ZPO.

Wer ein solches Gesuch stellt, hat die Umstände, aufgrund welcher ihn kein oder nur ein leichtes Verschulden an der Säumnis trifft (Art. 148 Abs. 1 ZPO), geltend zu machen und mit den erforderlichen Beweismitteln glaubhaft zu machen (vgl. ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Auflage 2016, Art. 148 N 11).

Der Beklagte offerierte als Glaubhaftmachungsmittel für sein 10 Minuten vor dem Verhandlungstermin vom 31. Mai 2017 gestelltes und am 7. Juni 2017 erneuertes Gesuch ein Zeugnis seines Vertrauensarztes, den er aber erst noch aufsuchen müsse (act. 7/83). Die Vorinstanz wies diesen Antrag (mit Blick auf die Säumnis an der Hauptverhandlung) in antizipierter Beweiswürdigung ab. Dem ist im Ergebnis mit Blick auf die gleichzeitig mit der Fortsetzung der Hauptverhandlung angesetzte Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen unter Hinweis auf den Ablauf der Vorladungsvorbereitungen zuzustimmen (der anwaltlich vertretene Beklagte machte selber im vorliegenden Berufungsverfahren denn auch nichts anderes geltend, obwohl er angesichts des Antrags der Klägerin auf neuen Entscheid durch die Berufungsinstanz dazu veranlasst gewesen wäre): Wenn der Rechtsvertreter am 31. Mai 2017 an einer Magen-Darm-Grippe erkrankte und er am 7. Juni 2017 seinen Arzt noch nicht aufgesucht hatte, so könnte der Arzt ein Zeugnis über die Erkrankung – wenn ein solches verlangt wird – einzig auf die Schilderung des Patienten abstützen, aber nicht auf eigene Beobachtungen. Magen-Darm-Grippen sind notorisch von kurzer Dauer (der Rechtsvertreter sprach im Schreiben vom 7. Juni 2017 von mehreren Tagen, machte aber nicht geltend, er sei nach wie vor krank). Ein Arztzeugnis könnte sich daher nicht verlässlich über den Gesundheitszustand des Rechtsvertreters über eine Woche vor einer Konsultation äussern. Es hätte keinen höheren Beweiswert als eine Parteibehauptung (da es im Wesentlichen lediglich eine solche wiedergäbe). Ein nach dem 7. Juni 2017 ausgestelltes Arztzeugnis wäre daher nicht geeignet, eine krankheitsbedingte Verhinderung des Rechtsvertreters am 31. Mai 2017 glaubhaft zu machen.

Der Beklagte ist somit auch hinsichtlich der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vom 31. Mai 2017 als säumig zu betrachten. Zureichende Gründe für eine Verschiebung der Verhandlung (Art. 135 ZPO) bzw. ein Wiederherstellungs-

grund nach Art. 148 Abs. 1 ZPO wurden nicht glaubhaft gemacht, und das Verschiebungs- bzw. Wiederherstellungsgesuch ist auch hinsichtlich des Verfahrens über die vorsorglichen Massnahmen abzuweisen.

4.3.5 Der Beklagte muss sich mit Blick auf eine Stellungnahme zum Massnahmebegehren die angedrohten Säumnisfolgen entgegen halten lassen. Unter Vorbehalt der Beweisführung von Amtes wegen nach Art. 153 ZPO ist daher gestützt auf die Akten zu entscheiden (vgl. act. 7/77 und BSK ZPO-MAZAN, 3. Auflage 2017, Art. 253 N 19); insb. ist kein zweiter Parteivortrag vorgesehen (vgl. PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 229 N 27). Damit ist das Verfahren über die vorsorglichen Massnahmen spruchreif. Von einer Rückweisung an die Vorinstanz ist abzusehen.

5. Berechnung der Unterhaltsbeiträge

5.1 Vorbemerkungen

5.1.1 Die Vorinstanz ordnete im Hauptverfahren mit Scheidungsurteil vom 23. August 2017 wie eingangs aufgezeigt die Fortführung der bestehenden Kindes-schutzmassnahmen für C. _____ an. Kindesunterhaltsbeiträge sind im Verhältnis der Parteien aufgrund des Obhutsentzugs und der Fremdplatzierung nicht festzusetzen. Somit ist lediglich über die Unterhaltsansprüche der Klägerin persönlich zu entscheiden, welche sie gegenüber dem Beklagten geltend macht.

5.1.2 Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB; DOLGE, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 276 N 15). Nach Art. 271 lit. a ZPO gelten unter Vorbehalt von Art. 272 und 273 ZPO die Vorschriften über das summarische Verfahren im Sinne von Art. 248 ff. ZPO. Es soll in einem raschen Verfahren – ohne Anspruch auf abschliessende Beurteilung – eine vorläufige Friedensordnung hergestellt werden. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind, bei freier Beweiswürdigung, nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen (vgl. etwa FamKomm Schei-

dung/LEUENBERGER, Anh. ZPO, 3. Auflage 2017, Art. 276 N 1 und 21). Den Sachverhalt stellt das Gericht in eherechtlichen Summarverfahren – wie dem vorliegenden – vom Amtes wegen fest (Art. 272 ZPO). Es handelt sich hierbei um die eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Diese ändert nichts an der summarischen Natur des Verfahrens. Das Sammeln des Prozessstoffes ist – insb. bei anwaltlicher Vertretung – in erster Linie Sache der Parteien (vgl. OGer ZH LY120054 vom 27. Mai 2013, E. II./1.5 mit Hinweisen; vgl. auch ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, 3. Auflage 2016, Art. 272 N 11, 14). Bleiben Parteivorbringen (wie hier) unbestritten, so hat das Gericht (wie erwähnt) von Amtes wegen die nötigen Beweise zu erheben. Der Umstand, dass die Parteien anwaltlich vertreten sind, ändert daran nichts Wesentliches, da das Gericht bei erheblichen Zweifeln selbst im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime von Amtes wegen Beweis zu erheben hat (vgl. Art. 153 Abs. 1 und 2 ZPO). Kenntnisse des Gerichts aus anderen Verfahren (also insb. aus dem Hauptverfahren der Parteien vor der Vorinstanz) können im Anwendungsbereich von Art. 272 ZPO herangezogen werden (vgl. BSK ZPO-BÄHLER, 3. Auflage 2017, Art. 272 N 3 f.).

Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO).

5.1.3 Auch wenn Unterhaltsbeiträge mittels einer tabellarischen Berechnung bestimmt werden, ist nicht zu verkennen, dass das Gericht dabei in verschiedener Hinsicht auf sein Ermessen verwiesen ist (Art. 4 ZGB). Die Festsetzung des Unterhalts entzieht sich letztlich einer exakten mathematischen Herleitung, da die Berechnung pauschale, geschätzte oder gerundete Beträge beinhaltet (wie etwa Grundbeträge). Die mathematische Berechnung auf der Basis von letztlich ungenauen Zahlen kann kein genaues Ergebnis liefern (vgl. BGer 5A_310/2010 vom 19. November 2010, E. 2.2; vgl. auch MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 71-73 zu Art. 4 ZGB). Diese Überlegungen rechtfertigen es, die der Klägerin zuzusprechenden Unterhaltsbeiträge – auch zur Vermeidung einer Scheingenaugigkeit – zu runden.

5.2 Einkommen des Beklagten

5.2.1 Die Klägerin machte in ihrem Begehren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen geltend, das aktuelle Einkommen des Beklagten sei mangels Vorlage entsprechender Unterlagen nicht bekannt. Zuletzt habe der Beklagte ein Einkommen von Fr. 8'460.00 monatlich, welches sich aus der Steuererklärung und Steuerveranlagung 2014 sowie aus den in den Akten liegenden Pfändungsurkunden ergebe, nicht mehr bestritten. Er erziele zudem aus einer Wohnung in Savona (Italien) einen Mietertrag von Euro 1'500.00 monatlich (act. 7/70 S. 4 f.). Berufungsweise verweist die Klägerin auf ihre Ausführungen vor der Vorinstanz (act. 2 S. 10 f.).

5.2.2 Der Beklagte gab vor der Vorinstanz im Hauptverfahren anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. Dezember 2016 zu Protokoll, das von der Klägerin angegebene monatliche Renteneinkommen von "gut Fr. 8'000.00" sei korrekt. Zur Wohnung in Savona (Italien) erklärte der Beklagte dagegen, diese sei nicht vermietbar (Vi-Prot. S. 32 f.).

5.2.3 Würdigung

5.2.3.1 Das von der Klägerin aufgezeigte Einkommen von Fr. 8'460.00 gemäss Steuererklärung 2014 besteht aus Leistungen der AHV/IV von Fr. 1'425.00 und Leistungen der beruflichen Vorsorge von Fr. 7'035.00 (act. 7/23/1). Das gleiche Total (Fr. 8'460.00) ergibt sich aus dem Pfändungsprotokoll des Betreibungsamts Rüti ZH vom 21. Januar 2016 (act. 7/29), welches der Beklagte als korrekt bezeichnete (Vi-Prot. S. 32). Von diesem Betrag ging die Vorinstanz im Hauptverfahren im Scheidungsurteil vom 23. August 2017 aus (act. 3/2 S. 17). Im Berufungsverfahren gegen das Urteil vom 23. August 2017 (und soweit ersichtlich im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht) brachte der Beklagte zur Berechnung seines Einkommens keine Rügen vor (vgl. im Verfahren LC170041 act. 103, act. 115 sowie die Beschwerde an das Bundesgericht vom 5. März 2018).

5.2.3.2 Die aufgezeigten Bezüge des Beklagten von der AHV/IV und von der beruflichen Vorsorge beinhalten sowohl Renten des Beklagten persönlich als auch Kinder-Renten. Beim Einkommen aus AHV/IV ist die Rente des Beklagten von

Fr. 961.00 monatlich und die Kinder-Rente für C._____ von Fr. 470.00 erfasst (Beträge des Jahres 2015, die unwesentlich höher sind als die in der Steuererklärung 2014 genannten). Die Kinder-Rente für D._____ und die Hilflosenentschädigung des Beklagten wurden dagegen nicht berücksichtigt; das ergibt sich aus dem versteuerten Total von Fr. 1'425.00 sowie daraus, dass der Abzug der Unterhaltszahlungen für D._____ im Betrag der Kinder-Rente in der Steuererklärung 2014 als steuerlich nicht relevant bezeichnet wurde (vgl. act. 7/23/1 und 7/25/11).

Beim Einkommen aus beruflicher Vorsorge sind die persönliche Invalidenrente des Beklagten von Fr. 5'475.00 sowie Kinderrenten für C._____ und D._____ von Fr. 1'264.00 und Fr. 296.00 je pro Monat erfasst (vgl. act. 7/44/17). Das ergibt das vorerwähnte Total der Pensionskassenrente von Fr. 7'035.00 (vgl. act. 7/44/17).

5.2.3.3 Die Kinder-Renten für den mündigen Stiefsohn D._____ sind nicht zu berücksichtigen. Unter dem Titel AHV/IV war diese Rente bereits vom Total ausgeklammert, welches die Klägerin geltend machte und welches der Beklagte als zutreffend bezeichnete (vgl. soeben Ziff. 5.2.3.2). Die Kinderrente von Fr. 296.00 für D._____ aus beruflicher Vorsorge ist ebenfalls nicht zu berücksichtigen. Sie lief am 31. März 2016 – und damit sehr kurz nach dem Datum, ab welchem die Klägerin Unterhalt verlangt – aus (vgl. act. 7/44/17; es ist wahrscheinlich, dass auch die Kinder-Rente der AHV/IV für D._____ ab diesem Zeitpunkt nicht mehr bezahlt wurde).

5.2.3.4 Auch die Kinder-Renten für C._____ wären im Regelfall nicht als Einkommen des Beklagten zu berücksichtigen, da sie nach Art. 285a Abs. 2 ZGB unmittelbar dem Kind zustehen und in einer umfassenden Unterhaltsberechnung Kindeinkommen darstellen. Da im vorliegenden Fall (wie eingangs bemerkt) indes keine Kinderunterhaltsbeiträge festzusetzen sind, rechtfertigt es sich, die Kinder-Renten für C._____ dem Beklagten als Einkommen anzurechnen (zumal das der Berechnungsweise der Vorinstanz im Hauptverfahren im Scheidungsurteil vom 23. August 2017 entspricht, welche der anwaltlich vertretene Beklagte nicht beanstandete). Entsprechend werden im Bedarf des Beklagten indes auch die (glaubhaften) Leistungen zu berücksichtigen sein, welche der Beklagte aus seinem so bemessenen Einkommen an den Unterhalt von C._____ erbringt.

5.2.3.5 Somit ist vom folgenden monatlichen Einkommen des Beklagten auszugehen: Fr. 961.00 + Fr. 470.00 (AHV/IV-Renten) + Fr. 5'475.00 + Fr. 1'264.00 (Renten der beruflichen Vorsorge) = total Fr. 8'170.00. Weiteres Einkommen (insb. aus der Vermietung der Liegenschaft in Italien) wurde nicht glaubhaft gemacht.

5.3 Bedarf des Beklagten

5.3.1 Die Klägerin ging in der Begründung ihres Begehrens um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom folgenden Bedarf des Beklagten aus (act. 7/70 S. 5):

Grundbetrag	Fr.	1'200.00
Hypothekarzinsen	Fr.	161.60
Beiträge STWEG	Fr.	381.10
Krankenkassenprämien	Fr.	307.25
Nicht versicherte Gesundheitskosten	Fr.	180.00
Telefon/Radio/TV	Fr.	150.00
Hausrat/Haftpflicht	Fr.	30.10
Mobilität öV	Fr.	70.00
Steuern	Fr.	365.68
Total	Fr.	2'845.73

Berufungsweise verweist die Klägerin auf diese Ausführungen (act. 2 S. 11).

5.3.2 Der Beklagte reichte vor Vorinstanz im Hauptverfahren zur Scheidung zunächst eine eigene Bedarfsberechnung zu den Akten, welche einen Notbedarf von Fr. 3'328.75 und einen gebührenden Bedarf von total Fr. 4'882.45 ausweist (act. 7/25/13). Anlässlich der Verhandlung vom 13. April 2016 erklärte der Beklagte, die Wohnkosten seien höher als in dieser Berechnung angegeben. Sie würden

total Fr. 1'700.00 pro Monat betragen. Total sei sein Bedarf daher mit rund Fr. 6'300.00 zu beziffern (Vi-Prot. S. 10). In der Folge verwies der Beklagte ergänzend auf seinen Bedarf gemäss Pfändungsprotokoll des Betreibungsamts Rütli vom 21. Januar 2016, den das Betreibungsamt korrekt berechnet habe (vgl. act. 29 S. 2 und Vi-Prot. S. 32). Insgesamt machte der Beklagte somit den folgenden (familienrechtlichen) Bedarf geltend:

Grundbetrag	Fr.	1'200.00
Wohnkosten	Fr.	1'700.00
Unterhaltsbeiträge (C._____ und D._____)	Fr.	936.00
Krankenkassenprämien	Fr.	307.25
Selbstkosten Krankenkasse	Fr.	190.00
Haushalthilfe	Fr.	400.00
Pro Infirmis	Fr.	250.00
Mehrauslagen Transporte bzw. öV	Fr.	250.00
Cablecom / Billag	Fr.	150.00
div. Versicherungen	Fr.	50.00
Nachsteuern 2014 (Staat / Gemeinde)	Fr.	87.90
Steuern Staat und Gemeinde 2015	Fr.	947.80
Bundessteuern 2014	Fr.	282.00
Total	Fr.	6'750.95

5.3.3 Kinderzuschläge bzw. Kinderunterhaltsbeiträge

Die Parteien haben als Eltern von C._____ je nach ihren Kräften für den Unterhalt der Tochter (auch für die Kosten der Kinderschutzmassnahmen) aufzukommen

(Art. 276 Abs. 2 ZGB). In der Bedarfsberechnung der Parteien können indessen nur solche Ausgaben für C. _____ berücksichtigt werden, deren tatsächliche Leistung im vom Verfahren über vorsorgliche Massnahmen betroffenen Zeitraum glaubhaft erscheint. Ob und in welchem Verhältnis die Parteien der öffentlichen Hand gegenüber für die Kosten der Kinderschutzmassnahmen letztlich aufzukommen haben, wird gegebenenfalls in einem anderen Verfahren zu beurteilen sein.

Die Unterhaltsbeiträge von Fr. 468.00 je Kind bzw. Stiefkind, total Fr. 936.00, welche der Beklagte gestützt auf die Berechnung des Betreibungsamts Rütli (und gestützt auf seine eigene Angabe zur Steuererklärung 2014, act. 7/25/7) geltend machte, entsprechen betragsmässig den Kinderrenten, welche die AHV/IV dem Beklagten für die beiden Kinder auszahlte bzw. auszahlt (vgl. act. 7/25/11). Nach den Angaben des Beklagten in der Steuererklärung 2014 wurden diese Beträge an die Gemeinde E. _____ geleistet (act. 7/23/1). Die Zahlungen wurden ferner im Pfändungsprotokoll des Betreibungsamts Rütli ZH vom 21. Januar 2016 berücksichtigt (act. 7/29). Dass der Beklagte die Kinder-Renten der AHV/IV für den Unterhalt der Kinder aufbrachte (mit Leistung an die Gemeinde E. _____), kann deshalb als glaubhaft erachtet werden.

Allerdings ist lediglich der Betrag von Fr. 468.00 für C. _____ im Bedarf des Beklagten zu berücksichtigen, da nur die Kinder-Rente der AHV/IV für C. _____ beim Einkommen hinzugerechnet wurde. Der identische Betrag für den mündigen Stiefsohn D. _____, der als Einkommen des Beklagten (Kinder-Rente der AHV/IV für den Stiefsohn) nicht berücksichtigt wurde (vgl. vorne Ziff. 5.2.3.3-4), ist auch auf der Bedarfsseite auszuklammern.

Zwischen den Parteien ist strittig, welche (weiteren) Kosten für die fremdplatzierte Tochter der Parteien anfallen und ob der Beklagte dafür aufkommt bzw. aufkommen ist. Der Beklagte verwies vor der Vorinstanz auf Kosten in der Höhe von rund Fr. 80'000.00, welche ihm in Rechnung gestellt würden, doch er behauptete weder effektive Zahlungen noch reichte er Belege dafür ein, weder für entsprechende Rechnungen noch für getätigte Zahlungen (vgl. Vi-Prot. S. 10-13). Dass der Beklagte in der vom vorliegenden Verfahren betroffenen Zeitperiode über die

Beträge der Kinder-Rente der AHV/IV hinaus Kinderkosten bezahlte bzw. bezahlt, erscheint danach nicht glaubhaft. Ein weiterer Zuschlag im Bedarf hat daher zu unterbleiben. Damit wird über eine allfällige spätere Inanspruchnahme für die Fremdplatzierungskosten (die bei beiden Eltern je nach ihren finanziellen Verhältnissen erfolgen kann) nichts ausgesagt.

5.3.4 Wohnkosten des Beklagten

Der Beklagte macht unter Hinweis auf die Angabe im erwähnten Pfändungsprotokoll des Betreibungsamts Rüti geltend, seine Wohnkosten würden total Fr. 1'700.00 pro Monat betragen. Dieser Betrag setzt sich nach dem Beklagten aus den Hypothekarzinsen von Fr. 161.10 zusammen, welche auch die Klägerin so geltend macht, und der Differenz zum vom Betreibungsamt berücksichtigten Betrag (Vi-Prot. S. 10). Wie sich dieser Betrag zusammensetzt, verdeutlichte der Beklagte nicht.

Die Klägerin verwies im Begehren vom 16. Februar 2017 auf die Belege des Klägers (act. 7/70 S. 6). Aus act. 7/23/8 und act. 7/25/1 ergibt sich der monatliche Hypothekarzins von Fr. 161.60. Aus act. 7/25/2 (im Beilagenverzeichnis als "Einzahlungsscheine betreffend Nebenkostenabrechnung STWEG" bezeichnet) ergeben sich Quartalsnebenkosten von Fr. 1'015.00 (Quartal 3/2016) und Fr. 1'271.60 (Quartal 4/2016), also für ein halbes Jahr Fr. 2'286.60. Die Klägerin berechnet daraus korrekt einen monatlichen Betrag von Fr. 381.10 (so auch der Beklagte in der ersten Aufstellung, vgl. act. 7/25/13). Die beiden Beträge sind zu berücksichtigen. Weitere Wohnkosten des Beklagten wurden nicht glaubhaft gemacht.

5.3.5 Gesundheitskosten

Die Berücksichtigung der Krankenkassenprämie ist unbestritten. Unter dem Titel "Selbstkosten Krankenkasse" errechnete das Betreibungsamt Rüti ZH aus einem jährlichen Betrag von Fr. 2'177.65 den eingesetzten Betrag von Fr. 190.00 (act. 29). Korrekt wären Fr. 181.50 (Fr. 2'177.65 / 12, vgl. act. 7/25/5 und ferner act. 7/25/13), was auf Fr. 180.00 zu runden ist. Dieser Betrag ist zu berücksichtigen. Die Positionen für eine Haushaltshilfe und für die Pro Infirmis gemäss der

Aufstellung des Betreibungsamts Rütli ZH sind nicht glaubhaft gemacht im Sinne der Rechtsprechung für die vom Massnahmeverfahren betroffene Zeitperiode. In seiner eigenen Bedarfsrechnung (act. 7/25/13) setzte der Beklagte keinen solchen Betrag ein. Der Beklagte ist für die Deckung allfälliger solcher Kosten auf die Hilflosenentschädigung zu verweisen, die wie gesehen nicht als Einkommen anzurechnen ist. Zu berücksichtigen ist neben der Krankenkassenprämie lediglich der Betrag von Fr. 180.00 für nicht versicherte Gesundheitskosten.

5.3.6 Versicherungen

Der Beklagte machte in der erwähnten Bedarfsaufstellung (act. 7/25/13) div. Versicherungen (u.a. Haushaltsversicherung) von Fr. 50.00 geltend. In der Berechnung des Betreibungsamts Rütli ZH ist keine solche Positionen enthalten (vgl. act. 7/29). Belegt sind die von der Klägerin in der Bedarfsrechnung des Beklagten aufgeführten Fr. 30.10 für die Haushaltsversicherung (Hausrat/Haftpflicht, vgl. act. 7/25/6). Dieser Betrag ist zu berücksichtigen. Weitere Versicherungsprämien wurden nicht nachgewiesen, und der Beklagte verdeutlichte auch nicht, welche weiteren Versicherungen er mit "div. Versicherungen" (vgl. act. 7/25/13) meinte.

5.3.7 Abo für öffentlichen Verkehr

Das Betreibungsamt Rütli ZH berücksichtigte im erwähnten Pfändungsprotokoll Mehrauslagen des Beklagten für Transporte an Therapien etc. von Fr. 250.00 (act. 7/29). Wie sich der Betrag von Fr. 250.00 zusammensetzt, lässt sich indes weder der Aufstellung des Betreibungsamts entnehmen, noch machte der Beklagte Ausführungen dazu. Er selber veranschlagte dafür unter dem Titel "öffentlicher Verkehr (GA)" Fr. 197.50 (act. 7/25/13). Die Klägerin setzt im Bedarf des Beklagten Fr. 70.00 für Mobilitätskosten ein. Der familienrechtliche Massnahmeprozess ist diktiert vom Prinzip der Gleichbehandlung der Ehegatten, weshalb ein Betrag von Fr. 70.00 im Monat unter dem Titel Mobilität öV genügen muss. Für darüber hinausgehende Fahrtkosten kann der Beklagte (anders als die Klägerin) auf die Hilflosenentschädigung zurückgreifen.

5.3.8 Steuern

Die Klägerin berücksichtigt wie gesehen Fr. 365.68 für Steuern des Beklagten (act. 7/70 S. 5). Der Betrag basiert auf dem von der Klägerin eingereichten Berechnungsblatt (act. 7/36/1). Der Beklagte geht dagegen von den Steuern aus, die er für die Jahre 2014 und 2015 bezahlte, als er keine Unterhaltsbeiträge für die Klägerin bezahlte (vgl. zum Jahr 2014 die Steuererklärung, act. 7/23/1). Unter Berücksichtigung der Abzüge für die Unterhaltsbeiträge ist von wesentlich tieferen Beträgen auszugehen. Allerdings sind die Unterhaltsbeiträge, die mit dem vorliegenden Entscheid festgesetzt werden, etwas tiefer als von der Klägerin geltend gemacht (was zu tieferen Abzügen und damit zu höheren Steuern führt). Es erscheint angemessen, beim Beklagten Fr. 450.00 für die Steuern zu berücksichtigen.

5.3.9 Die weiteren Positionen sind unbestritten. Somit ist für die Bemessung der Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsverfahrens vom folgenden Bedarf des Beklagten auszugehen:

Grundbetrag	Fr.	1'200.00
Unterhaltsleistungen an C. _____	Fr.	468.00
Hypothekarzinsen	Fr.	161.60
Beiträge STWEG	Fr.	381.10
Krankenkassenprämien	Fr.	307.25
Nicht versicherte Gesundheitskosten	Fr.	180.00
Telefon/Radio/TV	Fr.	150.00
Hausrat/Haftpflicht	Fr.	30.10
Steuern	Fr.	450.00
Mobilität öV	Fr.	70.00

Total (rund)

Fr. 3'400.00

5.4 Einkommen der Klägerin:

5.4.1 Die Klägerin machte zur Begründung des Massnahmenbegehrens geltend, sie verfüge nicht über ein Erwerbseinkommen und werde von der Sozialhilfe unterstützt. Es sei ihr aus arbeitsmarktlichen Gründen (fehlende Verwertbarkeit ihrer Ausbildung in der Schweiz) nicht möglich, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, und sie sei aus gesundheitlichen Gründen arbeitsunfähig (act. 7/70 S. 7; act. 7/80 S. 2). Sie sei (so ihre Ausführungen im Hauptverfahren) schwer alkoholkrank und leide an einer schweren Leberzirrhose (act. 7/57 S. 14). Dr. med. F. _____ bestätigte mit Zeugnis vom 13. April 2016 die langjährige hausärztliche Betreuung der Klägerin. Neben stationären Klinikaufenthalten begleite er die Klägerin aktuell ambulant. Weitere Gesprächsbehandlungen fänden bei den Spezialisten der Suchttherapie G. _____ statt (act. 7/56/1). In einem weiteren Zeugnis vom 9. Dezember 2016 erklärte Dr. F. _____, dass die Arbeitsfähigkeit der Klägerin bei fortgeschrittenem gesundheitlichen Organschäden in einem geregelten Umfeld im Sinne einer Tagesstrukturierung sinnvoll, ansonsten jedoch im regulären Arbeitsmarkt bei labilem gesundheitlichen Gleichgewicht nicht gegeben sei (vgl. act. 7/56/12).

5.4.2 Der Beklagte kritisierte im Hauptverfahren vor der Vorinstanz, dass die Klägerin sich nicht um eine Erwerbseinkommen bemüht habe, obwohl ihr bereits im (nachmalig sistierten) Eheschutzverfahren ihre Eigenversorgungskapazität entgegen gehalten worden sei. Sie habe es verweigert, ihre Deutschkenntnisse zu verbessern und ihre Arbeitstätigkeit zu forcieren. Es sei ihr zuzumuten, ihre Eigenversorgungskapazität umzusetzen (act. 7/43 S. 10). Anlässlich der Verhandlung vom 12. Dezember 2016 räumte der Beklagte indes unter Hinweis auf das erwähnte Zeugnis von Dr. F. _____ ein, dass die Klägerin "im Moment offenbar nicht in der Lage" sei, "einer Arbeitstätigkeit nachzugehen". Daher (so der Beklagte weiter) müsste der Klägerin "für eine minimale Zeit" ein Unterhaltsbeitrag "mit provisorischem Charakter" zugesprochen werden (Vi-Prot. S. 31).

5.4.3 In den Akten findet sich ein Protokoll der Sozialbehörde E._____ vom 8. November 2016, gemäss welchem sich der Alkoholkonsum der Klägerin in den letzten Monaten "stark gesteigert" hatte und die Klägerin weiterhin auf Sozialhilfe angewiesen sei (vgl. act. 7/56/10). Die Vorinstanz erwog dazu im Hauptverfahren im Scheidungsurteil vom 23. August 2017 zum nahehelichen Unterhaltsanspruch, es sei unbestritten, dass die Klägerin alkoholabhängig sei, an einer fortgeschrittenen Leberzirrhose leide und von der Sozialbehörde E._____ unterstützt werde. Sie könne aus gesundheitlichen Gründen keiner Erwerbstätigkeit nachgehen. Eine Verbesserung des Gesundheitszustands der Klägerin sei nicht zu erwarten, zumal der suchtbedingte Alkoholkonsum der Klägerin zeitweise noch gestiegen sei (act. 3/2 S. 17). Dass sich an der Einschätzung gemäss Protokoll der Sozialbehörde bis heute etwas änderte, wurde nicht geltend gemacht und ist nicht ersichtlich.

5.4.4 Vor dem aufgezeigten Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Klägerin seit dem 16. Februar 2016 kein Erwerbseinkommen erzielt hat und dass ihr das auch für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens (bis zur Rechtskraft bzw. Vollstreckbarkeit des Entscheids über den nahehelichen Unterhalt) nicht möglich sein wird. Der Klägerin ist deshalb im Verfahren über die vorsorglichen Massnahmen kein Einkommen anzurechnen.

5.5 Bedarf der Klägerin

5.5.1 Die Klägerin machte in der Begründung ihres Begehrens um Erlass vorsorglicher Massnahmen den folgenden Bedarf geltend (act. 7/70 S. 7 f.):

Grundbetrag	Fr.	1'200.00
Miete	Fr.	1'750.00
Krankenkassenprämien	Fr.	344.35
Nicht versicherte Gesundheitskosten	Fr.	100.00
Telefon/Radio/TV inkl. Billag	Fr.	150.00

Hausrat/Haftpflicht	Fr.	30.00
Abo öffentlicher Verkehr	Fr.	130.00
Vorsorgeunterhalt (3. Säule)	Fr.	564.00
Steuern	Fr.	591.34
Total	Fr.	4'859.69

Berufungsweise verweist die Klägerin auf diese Ausführungen (act. 2 S. 11).

5.5.2 Wohnkosten

Der Beklagte bestritt die Mietkosten der Klägerin vor der Vorinstanz im Hauptverfahren (act. 7/44 S. 11). Die Vorinstanz erwog im Hauptverfahren im Scheidungsurteil vom 23. August 2017, die Klägerin werde C._____ bis auf absehbare Zeit nicht zu sich auf Besuch nehmen können, da C._____ keinen Kontakt zu ihr wünsche. Dennoch seien der Klägerin nach den Erfahrungen des Gerichts Wohnkosten von Fr. 1'500.00 pro Monat zuzugestehen, damit sie eine realistische Möglichkeit habe, eine dem bisherigen Lebensstandard (Stockwerkeigentumswohnung in E._____, vgl. act. 7/3/5) entsprechende Wohnung zu finden (act. 3/2 S. 18 f.). Die Klägerin bringt im vorliegenden Berufungsverfahren nichts vor, was gegen den erwähnten Schluss spräche, und so etwas ist nicht ersichtlich. Die Klägerin begründete ihre Annahme von Wohnkosten von Fr. 1'750.00 auch nicht näher (auch im Hauptverfahren nicht, vgl. act. 7/34 S. 15 f.). Die Wohnkosten der Klägerin sind daher mit Fr. 1'500.00 zu berücksichtigen.

5.5.3 Vorsorgeunterhalt

Die Klägerin machte im Massnahmebegehren vom 16. Februar 2017 geltend, ab 1. Januar 2017 (mutmasslicher Stichtag des Vorsorgeausgleichs) entstehe ihr ein Vorsorgedefizit. Daher sei ihr ab diesem Zeitpunkt im Bedarf ein Vorsorgeunterhalt zuzusprechen (act. 7/70 S. 8 f.). Die Vorinstanz ging im Scheidungsurteil vom 23. August 2017 vom Stichtag 1. Januar 2017 für den Vorsorgeausgleich aus (act. 3/2 S. 24). Für die bis zur Rechtskraft des Entscheids über die naheheili-

chen Unterhaltsbeiträge entstehende Vorsorgelücke kann Vorsorgeunterhalt als vorsorgliche Massnahme zugesprochen werden (vgl. FamKomm Scheidung-JUNGO/GRÜTTER 3. Auflage 2017, Art. 124b ZGB N 28). Der von der Klägerin geltend gemachte Betrag von Fr. 564.00 pro Monat, vgl. act. 7/31 S. 8 f.) entsprechend dem jährlichen Maximalbetrag von derzeit Fr. 6'768.00 für Säule 3a, ist daher ab dem 1. Januar 2017 zu berücksichtigen.

5.5.4 Steuern

Die Klägerin machte wie gesehen Fr. 591.34 für Steuern geltend (act. 7/70 S. 8). Der Betrag basiert auf dem von der Klägerin eingereichten Berechnungsblatt, mit welchem sie einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 5'240.00 errechnete (act. 7/36/1). Der Beklagte bestritt den geltend gemachten Betrag, allerdings ohne anzugeben, welcher Betrag einzusetzen sei (Vi-Prot. S. 32). Aufgrund der im vorliegenden Entscheid festgesetzten, tieferen Unterhaltsbeiträge ist auch von tieferen Steuern auszugehen. Es rechtfertigt sich ermessensweise, bei der Klägerin für die Steuern Fr. 500.00 einzusetzen.

5.5.5 Die weiteren Bedarfspositionen blieben unbestritten und sind glaubhaft bzw. nachvollziehbar (das gilt auch für die im Vergleich zum Beklagten höheren Mobilitätskosten, zumal die Klägerin für Therapien etc. auf eine über das Minimum hinaus gehende Mobilität angewiesen ist und dasselbe Bedürfnis beim Beklagten über die Hilflosenentschädigung der AHV/IV mit abgedeckt wird). Insgesamt ist auf der Seite der Klägerin damit vom folgenden Bedarf auszugehen:

Grundbetrag	Fr.	1'200.00
Miete	Fr.	1'500.00
Krankenkassenprämien	Fr.	344.35
Nicht versicherte Gesundheitskosten	Fr.	100.00
Telefon/Radio/TV inkl. Billag	Fr.	150.00
Hausrat/Haftpflicht	Fr.	30.00

Abo öffentlicher Verkehr	Fr.	130.00
Steuern	Fr.	500.00
Vorsorgeunterhalt (ab 1. Januar 2017)	Fr.	564.00
<u>Total bis 31. Dezember 2017 (rund)</u>	<u>Fr.</u>	<u>3'955.00</u>
<u>Total ab 1. Januar 2017 (rund)</u>	<u>Fr.</u>	<u>4'520.00</u>

5.6 Berechnung des Unterhaltsbeitrags bis 31. Dezember 2016

Einkommen Klägerin	Fr.	0
Einkommen Beklagter	Fr.	8'170.00
Bedarf Beklagter	Fr.	3'400.00
Bedarf Klägerin	Fr.	3'955.00
Freibetrag	Fr.	815.00

Der Freibetrag ist hälftig zu teilen. Das ergibt für die Zeit bis 31. Dezember 2016 einen Unterhaltsbeitrag von rund **Fr. 4'360.00**.

5.7 Berechnung des Unterhaltsbeitrags bis ab 1. Januar 2017 für die weitere Verfahrensdauer:

Einkommen Klägerin	Fr.	0
Einkommen Beklagter	Fr.	8'170.00
Bedarf Beklagter	Fr.	3'400.00
Bedarf Klägerin	Fr.	4'520.00
Freibetrag	Fr.	250.00

Der Freibetrag ist im Verhältnis der Parteien hälftig zu teilen. Das ergibt für die Zeit ab 1. Januar 2017 für die weitere Verfahrensdauer (bis zur Rechtskraft des

Entscheid über den nachehelichen Unterhalt) einen Unterhaltsbeitrag von rund **Fr. 4'645.00**.

5.8 Fazit

Der Beklagte ist somit in teilweiser Gutheissung der Berufung zu verpflichten, der Klägerin für sich persönlich ab 16. Februar 2016 bis 31. Dezember 2016 monatliche Unterhaltsbeiträge (zahlbar je im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats) von Fr. 4'360.00 zu bezahlen und ab dem 1. Januar 2017 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens (bis zur Rechtskraft des Entscheids über den nachehelichen Unterhalt) Fr. 4'645.00.

Im darüber hinaus gehenden Umfang ist die Berufung abzuweisen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1 Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens ist an dieser Stelle zu befinden (Art. 104 Abs. 3 ZPO), zumal der erstinstanzliche Entscheid in der Hauptsache bereits ergangen ist.

6.2 Der angefochtene Entscheid wurde durch keine Partei veranlasst. In Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO sind daher für das Berufungsverfahren keine Kosten zu erheben.

6.3 Der Beklagte stellte sich nicht gegen die Berufungsanträge der Klägerin. Er stellte sich auch vor Vorinstanz grundsätzlich nicht gegen ihr Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (im Gegenteil lässt sich aus seinen Schilderungen vor der Vorinstanz ein Einverständnis mit der Anordnung von Unterhaltsbeiträgen für eine begrenzte Zeit ableiten, vgl. vorne Ziff. 5.4.2). Der Beklagte unterliegt daher nicht im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO und kann nicht zur Leistung einer Parteientschädigung verpflichtet werden (vgl. OGer ZH NQ120031 vom 15. Mai 2014, E. III./2.).

6.4 Im Kanton Zürich besteht keine Bestimmung, welche die Entschädigungspflicht kantonaler Behörden im Sinne von Art. 116 ZPO ausschliesse (vgl. lediglich § 200 lit. a GOG zur Pflicht, Gerichtskosten zu tragen). Die Kammer bejaht in An-

lehnung an die Praxis zu Rechtsverweigerungsbeschwerden eine Entschädigungspflicht des Kantons, wenn eine formelle Gegenpartei fehlt (bzw. sich mit dem fehlerhaften Entscheid nicht identifiziert), die Vorinstanz materiell Parteistellung hat und sich der angefochtene Entscheid zudem als qualifiziert unrichtig erweist (vgl. OGer ZH PQ140037 vom 28. Juli 2014, E. 3.1; vgl. auch OGer ZH PQ160068 vom 9. November 2016, E. 2.3 mit Hinweisen). Ein solcher Fall ist vorliegend gegeben. Der angefochtene Entscheid kommt einer formellen Rechtsverweigerung nahe, da die Vorinstanz der Klägerin einen Entscheid über ihr Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen verweigerte. Die Klägerin ist daher aus der Staatskasse zu entschädigen (ihr teilweises Unterliegen hinsichtlich der Höhe des Unterhaltsbeitrags fällt neben ihrem grundsätzlichen Obsiegen wenig ins Gewicht und ist zu vernachlässigen). Der Rechtsvertreter der Klägerin reichte keine Honorarnote ein. Die Entschädigung ist deshalb ohne Aufforderung zur Nachreichung einer Honorarnote nach Ermessen festzusetzen (vgl. OGer ZH PA18004 vom 18. April 2018, E. III.; URWYLER, DIKE-Kommentar ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 105 N 6).

Grundlage für die Festsetzung der Parteientschädigung sind der Streitwert bzw. Interessewert, die Verantwortung des Rechtsanwalts, sein notwendiger Zeitaufwand und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). Betrifft ein Verfahren über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess – wie vorliegend – lediglich finanzielle Belange zwischen den Ehegatten, so berechnet sich die Parteientschädigung im Einzelnen nach § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 3 sowie § 9 und § 11 Abs. 1 AnwGebV (vgl. OGer ZH LY170034 vom 20. März 2018, E. IV./2.4). Der Streitwert entspricht den geltend gemachten Unterhaltsbeiträgen ab dem 16. Februar 2016.

6.5 Der Antrag der Klägerin auf Verpflichtung des Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands, wird gegenstandslos, da der Klägerin keine Kosten auferlegt werden und sie vollumfänglich aus der Staatskasse entschädigt wird. Das Verfahren ist insoweit abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Das Verschiebungs- bzw. Wiederherstellungsgesuch des Beklagten und Berufungsbeklagten hinsichtlich der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vom 31. Mai 2017 wird abgewiesen.
2. Hinsichtlich der Anträge der Klägerin auf Verpflichtung des Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags für das Berufungsverfahren, eventua-
liter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands, wird das Verfahren abgeschrieben.
3. Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Klägerin und Berufungsklägerin wird die Verfügung Z07 des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Hinwil vom 23. August 2017 aufgehoben.
2. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird der Beklagte und Berufungsbe-
klagte verpflichtet, der Klägerin und Berufungsklägerin für sich persönlich als vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren monatliche Unterhaltsbei-
träge, zahlbar je auf den Ersten eines jeden Monats, wie folgt zu bezahlen:

Fr. 4'360.00 ab 16. Februar 2016 bis 31. Dezember 2016;

Fr. 4'645.00 ab 1. Januar 2017 für die weitere Dauer des Scheidungsver-
fahrens (bis zur Rechtskraft des Entscheids über den nachehelichen Un-
terhalt).

Im darüber hinaus gehenden Umfang wird die Berufung abgewiesen.

3. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.

4. Der Klägerin und Berufungsklägerin wird für das Berufungsverfahren aus der Staatskasse eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.00 (inkl. MwSt.) zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.
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 ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: