

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY140008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Beschluss und Urteil vom 14. Juli 2014

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et lic. oec. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung / vorsorgliche Massnahmen**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Horgen vom 19. Februar 2014; Proz. FE130114**

Rechtsbegehren:

(act. 31 S. 2)

- "1. Es sei im Sinne von Art. 276 Abs. 2 ZPO die in der Verfügung der Eheschutzrichterin vom 6. Oktober 2010 festgelegte Verpflichtung des Klägers der Klägerin Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 1'300.– (Vereinbarung betreffend Regelung des Getrenntlebens Ziffer 2) ersatzlos aufzuheben.
2. Es sei die Massnahme im Sinne von Art. 265 ZPO superprovisorisch zu erlassen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Horgen

vom 19. Februar 2014:

(act. 4/45 = act. 3/1 = act. 5)

1. Das Gesuch des Klägers um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen vom 6. Oktober 2010 wird abgewiesen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen bleiben dem Endentscheid vorbehalten.
- 3./4. Mitteilungen / Rechtsmittel

Berufungsanträge des Klägers und Berufungsklägers:

(act. 2 S. 2)

- "1. Die Berufung [sei] gutzuheissen und es sei das von mir am 16. Dezember 2013 gestellte Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen gutzuheissen.
2. Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten am tt. Februar 2003 und haben keine gemeinsamen Kinder (act. 4/3). Aus der ersten Ehe des Klägers und Berufungsklägers (nachfolgend Berufungskläger) stammt seine knapp 18-jährige Tochter C._____ (act. 4/5/3; act. 4/6).
2. Seit dem 22. Mai 2013 stehen sich die Parteien vor dem Bezirksgericht Horgen in einem Scheidungsverfahren nach Art. 114 ZGB gegenüber (act. 4/1). Das Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen gewährte beiden Parteien mit Verfügung vom 20. September 2013 die unentgeltliche Rechtspflege. Dem Berufungskläger wurde Rechtsanwalt lic. iur. X._____ und der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagte) Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter zur Seite gestellt (act. 4/26). An der Einigungsverhandlung vom 13. Dezember 2013 schlossen die Parteien eine Teilkonvention über die Nebenfolgen der Scheidung (act. 4/30). Strittig blieb der nacheheliche Unterhalt (Prot. VI S. 9).
3. Mit Eingabe vom 16. Dezember 2013 stellte der Berufungskläger ein Begehren um vorsorgliche Massnahmen, wonach die in der Eheschutzverfügung vom 6. Oktober 2010 auf monatlich Fr. 1'300.– festgesetzte Unterhaltsverpflichtung zugunsten der Berufungsbeklagten superprovisorisch ersatzlos aufzuheben sei (act. 4/31 S. 2). Die Vorinstanz wies das Gesuch um superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen mit Verfügung vom 19. Dezember 2013 ab (act. 4/32). Nach erfolgter Stellungnahme beider Parteien (act. 4/35 und act. 4/38) wies sie das vorsorgliche Massnahmegesuch um Abänderung der Unterhaltsbeiträge mit (unbegründeter) Verfügung vom 19. Februar 2014 ab (act. 4/40), welche sie auf entsprechenden Antrag des Berufungsklägers begründete (act. 4/45 = act. 3/1 = act. 5). Gegen diesen Entscheid richtet sich die hierorts rechtzeitig eingegangene Berufung des Berufungsklägers (act. 2, act. 4/46/1). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 4/1-48). Auf das Einholen einer Berufungs-

antwort wurde verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Sache erweist sich als spruchreif.

II.

1. Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist allein die Unterhaltspflicht des Gesuchstellers. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGer 5A_740/2009 vom 2. Februar 2010, E. 1).

2. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Berufungskläger beantragt die ersatzlose Aufhebung seiner monatlichen Unterhaltsverpflichtung von Fr. 1'300.– an die Berufungsbeklagte. Wird im Begehren diesbezüglich nichts Näheres ausgeführt, ist als frühester Zeitpunkt das Entscheiddatum anzunehmen (BK ZPO-SPYCHER, Art. 276 N 24). Obwohl vorliegend die Leistungsdauer, da abhängig vom Hauptsachenverfahren, an sich ungewiss ist, erscheint das Abstellen auf den zwanzigfachen Betrag der Jahresrente im Sinne von Art. 92 Abs. 2 ZPO unangebracht (vgl. dazu DIKE-Komm. ZPO-DIGGELMANN, Art. 92 N 7). Bei einer schätzungsweise verbleibenden Verfahrensdauer von maximal 24 Monaten ab dem vorinstanzlichen Entscheid ergibt sich ein Streitwert von Fr. 31'200.–. Der vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.– ist demzufolge gegeben und die Eingabe entsprechend der Rechtsmittelbelehrung als Berufung entgegenzunehmen.

III.

1.1 Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 ZPO). Sie unterstehen dem summarischen Verfahren (vgl. Art. 248 lit. d ZPO), wo es darum geht, in einem

raschen Verfahren eine vorläufige Friedensordnung herzustellen. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind, bei freier Beweiswürdigung, nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen (FamKomm Scheidung/LEUENBERGER, 2. Aufl., Anh. ZPO, Art. 276 N 1 und 17).

1.2 Gemäss Art. 272 ZPO stellt das Gericht im eherechtlichen Summarverfahren den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Es handelt sich dabei um die sog. eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Das Gericht hat die Parteien bei der Sammlung des Prozessstoffes durch geeignete Fragen zu unterstützen, d.h. die Stoffsammlung erfolgt unter Anleitung des Gerichts (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/LAZIC, 2. Aufl., Art. 272 N 12 und 14).

Dessen ungeachtet sind auch in Verfahren mit eingeschränkter Untersuchungsmaxime Noven im Berufungsverfahren nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig (vgl. BGE 138 III 625 E. 2.2, wonach Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren keine analoge Anwendung findet). Dies bedeutet, dass neue Tatsachen und Beweismittel vor hiesiger Instanz nur noch zu berücksichtigen sind, wenn sie einerseits ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und andererseits trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden konnten (lit. b). Zu unterscheiden ist zwischen echten und unechten Noven, da erstere einzig an die Voraussetzung geknüpft sind, dass sie ohne Verzug vorzutragen sind (BK ZPO II-STERCHI, Art. 317 N 4). Demgegenüber trägt die Partei, die vor Berufungsinstanz ein unechtes Novum vorbringen will – also Tatsachen oder Beweismittel, die bereits vor erster Instanz Bestand hatten – die Substanziierungs- und Beweislast für das unverzügliche Einbringen und für die Anwendung zumutbarer Sorgfalt, d.h. Schuldlosigkeit vor erster Instanz (ZK ZPO-REETZ/HILBER, 2. Aufl., Art. 317 N 58 und 49; BK ZPO II-STERCHI, Art. 317 N 4 f.). Mit Einführung der (strengen) Novenregelung von Art. 317 ZPO in die Eidgenössische Zivilprozessordnung sollte das sorgfältige Prozessieren vor erster Instanz gefördert werden, indem der Prozessstoff nach dem erstinstanzlichen Entscheid grundsätzlich nicht mehr ergänzt werden kann (ZK ZPO-REETZ/HILBER, a.a.O., Art. 317 N 3 und 7; BK ZPO II-STERCHI, Art. 317 N 2).

2.1 Die Vorinstanz wies zunächst darauf hin, dass der Berufungskläger per Ende Dezember 2013 seine Arbeitsstelle verloren habe und nur noch ein reduziertes Einkommen erziele. Die Ungewissheit, wie lange er ohne Arbeit sein würde, dürfe ihm nicht zum Nachteil gereichen. Daher bejahte sie eine wesentliche und dauerhafte Veränderung der finanziellen Verhältnisse des Berufungsklägers seit dem Zeitpunkt des Eheschutzentscheids, weshalb die Voraussetzungen für eine Abänderung der Eheschutzmassnahmen vorliegend gegeben seien (act. 5 S. 5).

In einem zweiten Schritt prüfte die Vorinstanz die konkreten Einkommens- und Bedarfszahlen des Berufungsklägers. Sie kam zum Schluss, dass er nach wie vor (auch unter der neuen beruflichen Situation) in der Lage sei, der im Eheschutzverfahren festgelegten Unterhaltsverpflichtung von monatlich Fr. 1'300.– an die Berufungsbeklagte nachzukommen, mithin ihm selbst nach Bezahlung des Unterhaltsbeitrags noch immer ein Freibetrag von Fr. 555.60 pro Monat verbleibe. Dem Einkommen des Berufungsklägers von Fr. 6'213.– stehe ein Bedarf von Fr. 4'357.40 gegenüber (act. 5 S. 11). Gestützt auf diese Berechnungen wies die Vorinstanz das berufungsklägerische Begehren um vorsorgliche Massnahmen ab.

2.2 Die Berufung des Berufungsklägers richtet sich gegen die vorinstanzliche Berechnung seiner Leistungsfähigkeit (act. 2 S. 3). Er macht ein Einkommen von Fr. 6'199.75 sowie einen Bedarf von Fr. 5'868.40 geltend, womit (ohne Berücksichtigung von Unterhaltsleistungen) lediglich ein Freibetrag von Fr. 331.35 verbleibe (act. 2 S. 5 f.).

3.1 Bereits vor Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens angeordnete Eheschutzmassnahmen dauern nach Erhebung der Scheidungsklage fort und sind wenn nötig nach Massgabe von Art. 179 ZGB vom Scheidungsgericht an veränderte Verhältnisse anzupassen (FamKomm Scheidung/LEUENBERGER, a.a.O., Art. 276 N 4). Auf die Abänderungsvoraussetzungen gemäss Art. 179 ZGB (erhebliche und dauerhafte Veränderung der zugrundeliegenden tatsächlichen Verhältnisse) hat die Vorinstanz zutreffend hingewiesen. Weiter hat sie auch zu Recht festgehalten, dass von einem Ehegatten nicht erwartet werden dürfe, dass er die Folgen eines Stellenverlusts während geraumer Zeit alleine trage (act. 5 S. 5). Auf diese Ausführungen ist zu verweisen.

3.2 Gelangt man zum Schluss, dass ein Abänderungsgrund vorliegt, so ist die gesamte Unterhaltsberechnung für beide Ehegatten neu durchzuführen, wobei die aktuellen Einkommenszahlen und Notbedarfspositionen einzusetzen sind. Eine Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge muss erfolgen, da bei einer Änderung verschiedener Faktoren nicht von vorneherein fest steht, ob sich die verschiedenen Änderungen gegenseitig aufheben (BACHMANN, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und Art. 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 227 m.w.H.). Die Neuberechnung hat sich indes an den Wertungen zu orientieren, die dem ursprünglichen Entscheid zugrunde lagen, andernfalls die Abänderung zu einer Wiedererwägung des formell rechtskräftigen Entscheids führen würde.

4.1 Hinsichtlich des Einkommens des Berufungsklägers erwog die Vorinstanz, dass sein Taggeld der Arbeitslosenkasse in der Höhe von Fr. 312.80 brutto mit der durchschnittlichen Anzahl Arbeitstage pro Monat von 21.7 zu multiplizieren sei, was ein monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 6'787.75 ergebe. Von diesem seien die Sozialabzüge von 7.78% (Fr. 528.–) sowie die BVG Prämie von Fr. 46.40 abzuziehen, was zu einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 6'213.35 (= Fr. 6'787.75 - Fr. 528.– - Fr. 46.40) führe. Dem Berufungskläger sei folglich ein monatliches Nettoeinkommen von gerundet Fr. 6'213.– (exkl. Familien- und Kinderzulagen) anzurechnen (act. 5 S. 6).

4.2 Der Berufungskläger bringt vor, dass die BVG Prämie entgegen der vorinstanzlichen Annahme pro Tag genau Fr. 2.73 betrage, bei den berechneten 21.7 Tagen insgesamt Fr. 59.25. Demnach belaufe sich sein durchschnittliches Monatseinkommen auf Fr. 6'199.75 (= Fr. 6'787.– - Fr. 528.– [Sozialabgaben] - Fr. 59.25 [BVG Prämie]). Zur Verdeutlichung reicht er die Abrechnungen der Arbeitslosenkasse von Dezember 2013 bis Februar 2014 ins Recht (act. 3/2).

4.3 In der Tat beträgt der monatliche BVG Prämienabzug bei der Annahme von 21.7 entschädigungsberechtigten Taggeldern Fr. 59.25. Dem Berufungskläger ist damit ein monatliches Nettoeinkommen (exkl. Familien- und Kinderzulagen) von gerundet Fr. 6'200.– (Fr. 6'787.75 - Fr. 528.– - Fr. 59.25 = Fr. 6'200.50) anzurechnen.

5.1 Bei der Bedarfsberechnung des Berufungsklägers setzte die Vorinstanz einen Grundbetrag für alleinstehende Personen von Fr. 1'200.– gemäss dem Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichtes betreffend Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums ein. Zu diesem Betrag rechnete sie den hälftigen Anteil der Differenz zum Grundbetrag für eine alleinerziehende Person (Fr. 1'350.– - 1'200.– = Fr. 150.–; Fr. 150.– : 2 = Fr. 75.–) hinzu. So kam sie auf einen monatlichen Grundbetrag des Berufungsklägers von Fr. 1'275.– (act. 5 S. 7). In Bezug auf den Kinderzuschlag für C._____ rechnete sie ihm einen um die Hälfte reduzierten Zuschlag von total Fr. 300.– an (act. 5 S. 8).

Die Vorinstanz begründete diese Bedarfspositionen damit, dass der Berufungskläger keine Belege eingereicht habe, die glaubhaft machten, dass sich seine Tochter C._____ – wie er geltend mache – mehrheitlich bei ihm aufhalte oder dass sie sich bis zur Rückkehr ihrer Mutter aus Brasilien Ende März 2014 ausschliesslich bei ihm aufhalte. Daher seien ihm einzig die von der Berufungsbeklagten anerkannten Grundbeträge zuzugestehen (act. 5 S. 7 f.).

5.2 Der Berufungskläger hält dem entgegen, dass gemäss dem beigelegten Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Horgen vom 14. August 2002 unmissverständlich er für sämtliche Kosten des Unterhalts und der Erziehung seiner Tochter aufzukommen habe. Der persönliche Verkehr zwischen C._____ und ihrer Mutter werde nach freiem Ermessen der beiden ausgeübt. Während der Schulferien bleibe C._____ ein oder zwei Wochen bei ihrer Mutter und besuche sie gelegentlich an den Wochenenden. Die Ausübung des Ferienbesuchsrechts rechtfertige indessen keine Reduktion seines Grundbetrages bzw. des Grundbetrages seiner Tochter. Dass sie bei ihm wohne und er für ihren Unterhalt aufkomme, bestätige seine Tochter ausdrücklich im beigelegten Schreiben vom 26. März 2014. Demzufolge sei bei der Berechnung des Existenzminimums von einem Grundbetrag von Fr. 1'350.– für ihn selbst und Fr. 600.– für C._____ auszugehen (act. 2 S. 4).

5.3 Zur Begründung des geltend gemachten höheren Grundbetrags für sich sowie des Grundbetrags für seine Tochter reicht der Berufungskläger neu das Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Horgen vom 14. August 2002 (act. 3/3)

sowie eine schriftliche Bestätigung seiner Tochter vom 26. März 2014 (act. 3/4) ins Recht. Es handelt sich dabei um unechte Noven, weil die Beweismittel bzw. die ihnen zugrundeliegenden Tatsachen bereits vor Abschluss des vorinstanzlichen Schriftenwechsels Bestand hatten und hätten im Prozess beigebracht werden können (vgl. Art. 229 Abs. 1 ZPO; BK ZPO II-STERCHI, Art. 317 N 5).

Wie bereits unter Ziffer III.1.2 vorstehend erwähnt, sind im Berufungsverfahren (unechte) Noven nur noch unter den kumulativen Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Der Berufungskläger hat seine Beweismittel mit der Rechtsmitteleingabe vom 28. März 2014 (act. 2), und somit unverzüglich, ins Berufungsverfahren eingebracht. Weshalb aber die genannten Unterlagen im Sinne von lit. b der Bestimmung trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor der Vorinstanz vorgebracht werden konnten, legt der Berufungskläger nicht dar und liegt auch nicht auf der Hand. Es wäre jedoch an ihm gewesen, dies zu begründen. Wie erwähnt trägt die Partei, welche im Berufungsverfahren Noven vorbringen will, die entsprechende Substanziierungs- und Beweislast für die Anwendung zumutbarer Sorgfalt (ZK ZPO-REETZ/HILBER, a.a.O., Art. 317 N 49, 34 und 60 f.; OGer ZH LB110049 E. II.1.2). Damit können die im Berufungsverfahren neu eingereichten Beilagen act. 3/3 und act. 3/4 nicht mehr berücksichtigt werden. Es bleibt bei den von der Vorinstanz zu Recht angestellten Erwägungen, dass der Berufungskläger nicht glaubhaft gemacht habe, dass sich seine Tochter regelmässig bzw. ausschliesslich bei ihm aufhalte, weshalb ihm einzig der von der Berufungsbeklagten anerkannte Grundbetrag für einen alleinstehenden Schuldner zuzüglich des hälftigen Anteils der Differenz zum Grundbetrag für einen alleinerziehenden Schuldner sowie der hälftige Grundbetrag für C. _____ anzurechnen seien (vgl. act. 4/35 S. 4, act. 4/38 S. 3).

Nach dem Gesagten ist der Grundbetrag des Berufungsklägers auf Fr. 1'275.- und der Kinderzuschlag für C. _____ auf Fr. 300.- festzusetzen.

6.1 Neu reicht der Berufungskläger sodann eine Fotokopie des ZVV-Junior-Monatsabonnements seiner Tochter von Fr. 173.- (act. 3/5), eine Kaufquittung für sein Halbtax-Abonnement (act. 3/6) sowie in den Monaten Dezember 2013 bis Februar 2014 bezogene ZVV-Tageskarten für Erwachsene (act. 3/7, act. 3/8,

act. 3/9) ein. Er führt dazu aus, dass er sich für den Besuch der vom RAV verlangten Bildungskurse und für die Fahrt zu Vorstellungsgesprächen das Halbtax-Abo gekauft habe. Den Tagesfahrkarten könne entnommen werden, was ihm in den betreffenden Monaten jeweils an Auslagen für den öffentlichen Verkehr angefallen sei (act. 2 S. 4 f.). Damit reagiert der Berufungskläger auf den Hinweis der Vorinstanz, dass er seine Ausgaben für den öffentlichen Verkehr nicht belegt habe und sie in seinem Bedarf somit nicht berücksichtigt werden könnten (act. 5 S. 9).

6.2 Was vorstehend hinsichtlich der Zulässigkeit von (unechten) Noven im Berufenungsverfahren sowie der diesbezüglichen Substanziierungs- und Beweislast der novenwilligen Partei ausgeführt wurde, gilt auch für die neu eingereichten act. 3/5 bis act. 3/9. Bei dem Rechnungsbeleg vom 27. Januar 2014 für den Kauf des Halbtax-Abos sowie den ZVV-Tageskarten der Monate Dezember 2013 bis erste Hälfte Februar 2014 handelt es sich um unechte Noven; sie datieren vor der zweiten schriftlichen Stellungnahme des Berufungsklägers vom 13. Januar 2014 (recte: 13. Februar 2014, vgl. act. 5 S. 3) im vorinstanzlichen Verfahren. Das ZVV-Junior-Monatsabo betrifft zwar die Zeitspanne vom 21. März bis 20. April 2014, jedoch ist davon auszugehen, dass C. _____ in den Vormonaten ebenfalls die öffentlichen Verkehrsmittel genutzt hat und entsprechende Kosten angefallen wären. Der Berufungskläger hat es auch hier unterlassen zu begründen, weshalb ihm ein Vorbringen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz möglich war. Somit bleibt es bei der vorinstanzlichen Feststellung, dass die Position Fahrtkosten / öffentlicher Verkehr in der Bedarfsrechnung des Berufungsklägers keine Berücksichtigung findet (act. 5 S. 9).

7.1 Der Berufungskläger reicht weiter neu ein Schreiben des Gemeindeamman- und Betreibungsamts Horgen vom 27. März 2014 ins Recht, worin bestätigt wird, dass "gegenwärtig monatlich Fr. 1'000.– durch unser Amt bei der Arbeitslosenkasse eingezogen werden bis zur Bezahlung sämtlicher ausstehender Betreibungen und Pfändungen" (act. 3/10). Dazu macht der Berufungskläger den Hinweis, dass er in seinem Gesuch um vorsorgliche (superprovisorische) Mass-

nahmen vom 16. Dezember 2013 fälschlicherweise von einer Pfändung in der Höhe von Fr. 1'100.– ausgegangen sei (act. 2 S. 5).

7.2 Da die Vorinstanz die Lohnpfändungen mangels Behauptung des Berufungsklägers, dass die zugrundeliegenden Schulden den Familienunterhalt finanzierten, ohnehin nicht in seinem Bedarf angerechnet hat (act. 5 S. 10), ist die Differenz in der Höhe des geltend gemachten Pfändungsbetrags nicht von Belang. Dass die Vorinstanz die Lohnpfändungen zu Unrecht nicht berücksichtigt habe, rügt der Berufungskläger gar nicht, weshalb auf diese Position nicht weiter einzugehen ist.

Folglich bleibt es auch hier dabei, dass dem Berufungskläger unter dem Titel Lohnpfändung kein Betrag im Bedarf anzurechnen ist.

8. Schliesslich weist der Berufungskläger darauf hin, dass er die vor der Vorinstanz behaupteten Fr. 600.–, die er im Rahmen eines Abzahlungsvertrags monatlich an die ... [Bank] überweise, nicht mehr bezahle, da die Schuld getilgt sei (act. 2 S. 5). Dies ist zur Kenntnis zu nehmen, ändert an der vorinstanzlichen Bedarfsrechnung (in der diese Position nicht berücksichtigt wurde) indessen nichts.

9. Gesamthaft betrachtet ist für die Bedarfsberechnung des Berufungsklägers auf die vorinstanzliche Aufstellung (act. 5 S. 11) zu verweisen. Seinem Bedarf in der Höhe von Fr. 4'357.40 steht ein Einkommen von Fr. 6'200.– gegenüber. Somit resultiert ein Freibetrag von Fr. 1'842.60. Zu Recht hat die Vorinstanz festgehalten, dass es bei dieser Ausgangslage dem Berufungskläger nach wie vor möglich ist, der Berufungsbeklagten monatliche Unterhaltbeiträge in der Höhe von Fr. 1'300.– zu bezahlen. Die Berufung ist demzufolge abzuweisen.

IV.

1.1 Der Berufungskläger stellt auch für das Rechtsmittelverfahren den Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung (act. 2 S. 2). Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aus-

sichtslos erscheint (vgl. Art. 117 ZPO). Es obliegt der gesuchstellenden Person, das Vorliegen dieser Voraussetzungen im Gesuch insbesondere mittels umfassender Darlegung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO).

1.2 Der Berufungskläger verweist für die Darlegung seiner Mittellosigkeit auf die in der Berufungsschrift aufgestellten Einkommens- und Bedarfsverhältnisse (act. 2 S. 6). Da die unentgeltliche Rechtspflege für jede Instanz neu beantragt werden muss (Art. 119 Abs. 5 ZPO), sind in diesem Zusammenhang auch die vom Berufungskläger neu eingereichten Beilagen zu berücksichtigen. Die Novenschanke gilt infolgedessen nicht. Vorliegend erübrigt sich jedoch die Prüfung der Mittellosigkeit des Berufungsklägers, da sein Rechtsmittelbegehren – wie sogleich aufzuzeigen ist – gesamthaft betrachtet als aussichtslos zu qualifiziert ist.

1.3 Allein aus der Abweisung eines Rechtsmittels darf nicht auf dessen Aussichtslosigkeit geschlossen werden (BK ZPO I-BÜHLER, Art. 117 N 270). Die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels sind vielmehr auf Grundlage des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz, der dagegen vorgebrachten tatsächlichen und rechtlichen Rügen sowie der gesamten erstinstanzlichen Akten und der Rechtsmittelbegründung zu beurteilen. Eine Bindung an eine positive Prozessprognose des Vorderrichters und damit an die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege durch die Vorinstanz besteht nicht. Entscheidend ist für die Beurteilung der Aussichtslosigkeit, ob ein Rechtsmittel voraussichtlich gutgeheissen werden kann oder nicht (BK ZPO I-BÜHLER, Art. 117 N 271 m.w.H.).

Wie dargelegt, fallen sämtliche vom Berufungskläger im Rechtsmittelverfahren eingereichten Beweismittel zur Darlegung seines Bedarfs unter die Novenschanke von Art. 317 ZPO und können nicht berücksichtigt werden. Zwar ist seinen Vorbringen bei der Berechnung der Einkommensverhältnisse Erfolg beschieden: Diese sind auf Fr. 6'200.– statt – wie von der Vorinstanz veranschlagt – auf Fr. 6'213.– festzusetzen. Die Differenz von Fr. 13.– zu seinen Gunsten ändert indessen nichts an der gesamthaften Beurteilung der Prozesschancen des Berufungsklägers. Auch bei einer geringfügigen Korrektur seiner Einkommenszahlen nach unten ist er nach wie vor in der Lage, die Unterhaltsleistungen an die Beru-

fungsbeklagte zu bezahlen. Das Begehren um Gutheissung seines Massnahmegesuchs ist als aussichtslos zu qualifizieren. Damit mangelt es an einer wesentlichen Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, weshalb das betreffende Gesuch des Berufungsklägers abzuweisen ist.

2. Es rechtfertigt sich, über die Kostenfolge des Berufungsverfahrens bereits im vorliegenden Entscheid zu befinden (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss sind die Kosten dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Berufungsbeklagten ist kein Aufwand entstanden, den es zu entschädigen gälte.

3. Die Entscheidgebühr richtet sich nach § 4 Abs. 1 bis 3, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 der GebVO des Obergerichts. Der Streitwert beträgt, wie erwähnt, rund Fr. 31'000.–.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 19. Februar 2014 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'400.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Horgen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 31'200.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: