

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY150002-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss und Urteil vom 19. Juni 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 18. Dezember 2014 (FE140261-L)

Rechtsbegehren:

"Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin rückwirkend ab 1. April 2014 bis Ende Juli 2014 einen Unterhaltsbeitrag von je monatlich CHF

1'065.00 und ab August 2014 von monatlich CHF 1'850.00 für die Dauer des Scheidungsverfahrens (inkl. allfälligem Berufungsverfahren) zu bezahlen, zahlbar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats."

**Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Zürich vom 18. Dezember 2014:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens monatliche persönliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, dies wie folgt:
 - Fr. 990.– rückwirkend ab 1. April 2014 bis 31. Juli 2014
 - Fr. 1'600.– rückwirkend ab 1. August 2014 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Scheidungsverfahrens

Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
2. (Schriftliche Mitteilung).
3. (Berufung).

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 1):

1. "Dispositivziffer 1 des Urteils vom 18. Dezember 2014 des Bezirksgerichts Zürich (FE140261) sei insofern aufzuheben, als dass der Berufungskläger verpflichtet wird, der Berufungsbeklagten monatlich folgende persönliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

April - Juli 2014: CHF 666
August 2014: CHF 1'370
Ab September 2014: CHF 0

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt) zulasten der Berufungsbeklagten."

Prozessuale Anträge:

1. "Die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids vom 18. Dezember 2014 sei bis zum Entscheid des Obergerichts aufzuschieben.
2. Die Berufungsklägerin sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der mutmasslichen Höhe der Gerichtskosten zu verpflichten.
3. Eventualiter sei dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihm in der Person des Unterzeichneten einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 10):

1. Es sei die Berufung des Berufungsklägers und Beklagten vollumfänglich abzuweisen und es sei der vorinstanzliche Entscheid vom 18. Dezember 2014 in Dispositivziffer 1 vollumfänglich zu bestätigen;
2. Eventuell sei der vorinstanzliche Entscheid vom 18. Dezember 2014 in Dispositivziffer 1 wie folgt abzuändern:

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens monatliche persönliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, dies wie folgt:

- CHF 990.00 rückwirkend ab 1. April 2014 bis 31. Juli 2014, hernach
- CHF 1'600.00 für August 2014, hernach
- CHF 1'128.00 ab 1. September 2014 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Scheidungsverfahrens.

Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats;

3. Es sei der Antrag des Berufungsklägers und Beklagten auf Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses durch die Berufungsbeklagte und Klägerin abzuweisen;
4. Es sei der Berufungsbeklagten und Klägerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei der Berufungsbeklagten und Klägerin für das Berufungsverfahren in der Person des Unterzeichneten einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt) zulasten des Berufungsklägers und Beklagten.

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 28. März 2014 reichten die Parteien beim Bezirksgericht Zürich ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein. Anlässlich der Verhandlung vom 2. Juli 2014 konnte betreffend die Nebenfolgen keine Einigung erzielt werden. Am 23. September 2014 stellte die Klägerin ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Urk. 7/35 S. 3). Für das erstinstanzliche Verfahren ist auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 2). Am 18. Dezember 2014 fällte die Vorinstanz den vorstehend genannten Entscheid (Urk. 2 S. 15).

2. Der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) erhob am 19. Januar 2015 Berufung mit den zitierten Anträgen (Urk. 1). Mit Verfügung vom 4. Februar 2015 wurde das Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit teilweise gutgeheissen (Urk. 7 S. 7). Die Berufungsantwort der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) datiert vom 20. Februar 2015 und wurde mit Verfügung vom 6. März 2015 der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 13).

II.

1. Der angefochtene Ehegattenunterhalt basiert auf den folgenden Einkommens- und Bedarfswerten:

1.1 Einkommen Klägerin

Die Vorinstanz setzte das Einkommen auf Fr. 1'700.– fest, nämlich Fr. 1'133.– als IV-Rente und Fr. 565.– als Rente der C. _____ AG (Urk. 2 S. 7).

1.2 Einkommen Beklagter

Die Vorinstanz erwog, es sei zwischen dem Zeitraum von April 2014 bis August 2014 und demjenigen ab September 2014 zu unterscheiden, nachdem dem Beklagten per Ende August 2014 gekündigt worden sei und er seit 15. September 2014 nur noch zu 50 % erwerbstätig sei (Urk. 2 S. 7).

Für die erste Phase ging die Vorinstanz von monatlich gerundet Fr. 5'300.– aus, nämlich Fr. 4'908.25 (inklusive Bonusanteil) als Haupterwerb als Dachdecker und Fr. 428.– (inklusive Bonusanteil) als Nebenverdienst bei einer D._____ AG (Urk. 2 S. 8).

Für die Phase ab September 2014, d.h. nach erfolgter Kündigung, veranschlagte die Vorinstanz Fr. 5'100.–. Sie erwog, die Umstände betreffend die Kündigung und die geltend gemachte gesundheitliche Situation seien undurchsichtig. Anlässlich der Verhandlung vom 30. Juni 2014 habe der damals nicht anwaltlich vertretene Beklagte die Kündigung mit keinem Wort erwähnt. Auch die eingereichten Arztzeugnisse hätten nicht auf die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit schliessen lassen. Selbst wenn die Kündigung rechtmässig erfolgt sei, sei die Arbeitsfähigkeit/Leistungsfähigkeit weiterhin mit 100 % zu beurteilen. Davon gehe auch die Arbeitslosenkasse aus. Daher sei dem Beklagten ein hypothetisches Einkommen im Umfang des bisherigen anzurechnen. Auch sei der Nebenverdienst zumindest für die Dauer des Verfahrens einzurechnen. Nicht zu berücksichtigen sei jedoch der jeweilige Bonusanteil. Es sei somit von Fr. 4'724.25 (Haupterwerb) und von Fr 411.– (Nebenerwerb) auszugehen (Urk. 2 S. 8 f.).

1.3 Bedarf Klägerin

Der Bedarf wurde für die Zeit bis Ende Juli 2014 mit Fr. 1'774.– und hernach mit Fr. 3'169.– beziffert (Urk. 2 S. 10 f.).

1.4 Bedarf Beklagter

Der Bedarf wurde für die Zeit bis Ende Juli 2014 mit Fr. 3'387.– und hernach mit Fr. 3'340.– veranschlagt (Urk. 2 S. 10 f.).

2. In der Berufungsschrift wird die Anrechnung des hypothetischen Einkommens und des Nebenverdienstes sowie die Ermittlung der Bedarfszahlen beanstandet (Urk. 1 S. 3).

2.1 Einkommen Klägerin

Das auf Fr. 1'700.– veranschlagte Einkommen ist nicht angefochten (Urk. 1 S. 3).

2.2 Einkommen Beklagter

2.2.1 Haupterwerb

a) Der Beklagte anerkennt, als Dachdecker Fr. 4'908.25 verdient zu haben (Urk. 1 S. 3). Der Hauptverdienst bis Ende August 2014 ist deshalb unbestritten. Betreffend die per Ende August 2014 erfolgte Kündigung erklärt der Beklagte, es sei ihm aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt worden. Zudem sei ihm aufgrund seiner gesundheitlichen Beschwerden derzeit nur eine leichte Arbeitstätigkeit möglich. Aus den ärztlichen Zeugnissen gehe klar hervor, dass "wegen Diskushernienvorfall nur leichte Arbeit möglich" bzw. "wegen Diskushernien nur rüchenschonende Arbeit möglich" sei, weshalb die eingeschränkte Arbeitsfähigkeit glaubhaft sei. Damit liege nicht nur eine Kündigung vor, sondern auch noch ärztliche Zeugnisse, welche die eingeschränkte Arbeitsfähigkeit glaubhaft machten. Auch ergebe die Argumentation der Vorinstanz betreffend die fiktive Kündigung keinen Sinn. Wenn er, der Beklagte, die Kündigung im Hinblick auf allfällige künftige Unterhaltszahlungen erwirkt hätte, so hätte er sicherlich bereits an der Anhörung vorgebracht, dass im gekündigt worden sei (Urk. 1 S. 4).

b) Für die Klägerin handelt es sich um eine fiktive Vertragsauflösung. Es sei mit der Vorinstanz von einer mutwilligen Erwerbsaufgabe auszugehen, weshalb die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Willkürverbot standhalte (Urk. 10 S. 5). Betragsmässig sei ab September 2014 von Fr. 4'724.25 aus Haupterwerb und von Fr. 428.– aus Nebenerwerb, insgesamt von Fr. 5'152.25 monatlich auszugehen (Urk. 10 S. 7).

c) Die Kündigung durch die Arbeitgeberin datiert vom 27. Juni 2014 und wurde vom Beklagten am 30. Juni 2014 entgegengenommen (Urk. 4/46/1). An der Verhandlung vom 2. Juli 2014 erwähnte sie der Beklagte nicht. Anlässlich der Befragung zum Begehren um vorsorgliche Massnahmen vom 27. November 2014 er-

klärte er das Verschweigen u.a. damit, er sei noch mit seinem Chef in Verhandlung gestanden. Er habe versucht, die Kündigung abzuändern oder gar aufzuheben (Prot. I S. 35). In der Tat ist der Beklagte am 11. September 2014 ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen mit Arbeitsbeginn per 15. September 2014 als Helfer im Magazin und als Stapelfahrer zu einem Bruttolohn von Fr. 2'200.– (Urk. 4/46/2). Das genaue Pensum lässt sich dem Vertrag nicht entnehmen; gemäss Oktoberabrechnung versieht der Beklagte ein 50 %-Pensum (Urk. 4/46/7). Der Beklagte begründet die Reduktion des Pensums damit, dass er aus gesundheitlichen Gründen die Arbeit als Dachdecker nicht mehr versehen könne, und kein Bedarf sei für einen ganztägigen Stapelfahrer (Prot. I S. 37). Dass der Beklagte nur ein 50 %-Pensum versehen kann, ergibt sich aus den zwei eingereichten Arztzeugnissen nicht (Urk. 4/46/4, 4/46/6). Mit der Vorinstanz ist deshalb von einer vollen Arbeitsfähigkeit auszugehen. Ist dem Beklagten aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt worden, bedeutet das grundsätzlich, dass er vor dem Hintergrund seiner ehelichen Beistandspflicht eine gleich gut bezahlte Stelle hätte suchen müssen. Der Beklagte macht nicht glaubhaft, dass er nach Erhalt der Kündigung intensiv eine neue Stelle gesucht hat, denn die behauptete Stellensuche blieb unbelegt. Dass der Beklagte im bisherigen Betrieb verbleiben wollte (Prot. I S. 36), ist zwar nachvollziehbar, vermag aber das erheblich tiefere Einkommen wegen der familiären Unterhaltsverpflichtungen nicht zu rechtfertigen. Bestehen nämlich familiäre Unterhaltsverpflichtungen, muss der Unterhaltsverpflichtete das ihm Zumutbare unternehmen, um seinen Unterhaltspflichten nachzukommen (BGE 137 III 118 E. 3.1). In diesem Umfang ist der Unterhaltsverpflichtete in seiner Lebensgestaltung eingeschränkt, weil dasjenige Einkommen zu erzielen ist, das mit zumutbarem Aufwand und gutem Willen tatsächlich erzielt werden kann. Der Beklagte stellt sich allerdings auf den Standpunkt, dass ihm aus gesundheitlichen Gründen die Arbeit als Dachdecker nicht mehr möglich sei. Gemäss den kaum lesbaren Arztzeugnissen ist dem Beklagten wegen eines Diskushernienvorfalles nur leichte bzw. nur rüchenschonende Arbeit möglich (Urk. 1 S. 4). Auch wenn im summarischen Verfahren Tatsachen nur glaubhaft zu machen sind, stellt das Arztzeugnis lediglich eine Parteibehauptung dar. Die Arztzeugnisse datieren vom 22. September 2014 und vom 20. Oktober 2014 (vgl. Urk. 7/49 S. 3). Beide

wurden somit nach der Vertragsunterzeichnung ausgestellt. Mit anderen Worten ist der Beklagte zuerst den neuen Vertrag als Hilfskraft mit deutlich tieferem Lohn eingegangen und hat er erst nachher einen Arzt konsultiert. Dies erstaunt umso mehr, als der Beklagte an der Verhandlung vom 21. November 2014 vortragen liess, dass sich der Bandscheibenvorfall vor rund einem Jahr zugetragen habe und er seither an einer Diskushernie leide (Urk. 2 S. 6, 4/49 S. 2). Obwohl er eigenen Angaben zufolge seine Arbeit als Dachdecker nicht mehr fehlerfrei machen konnte, was u.a. ein Grund für die Kündigung gewesen sein soll (Prot. I S. 36), hat er gleichwohl bis zum 22. September 2014 zugewartet, um einen Arzt aufzusuchen. Sodann wurden keine Belege zu der am 24. Oktober 2014 durchgeführten MRI-Untersuchung eingereicht, welche ergeben haben soll, dass die gesundheitliche Situation noch ernster sei, als angenommen (Urk. 7/49 S. 3). Dazu ist nicht zu übersehen, dass die Eingehung des neuen Vertrages als Hilfskraft bzw. die Geltendmachung der gesundheitlichen Probleme in den Zeitraum mit den Verhandlungen betreffend die Frage der Unterhaltspflicht fallen. Aufgrund dieser Umstände ist der Vorinstanz, welche nicht auf die Arztzeugnisse bzw. die tatsächlichen Einkünfte abstellt und dem Beklagten ein hypothetisches Einkommen anrechnet, zu folgen. Mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens wird kein Strafzweck verfolgt, vielmehr geht es darum, die wirtschaftliche Existenz aller Beteiligten sicherzustellen.

d) Die Vorinstanz rechnete das hypothetische Einkommen rückwirkend ab September 2014 an. Der Beklagte moniert, selbst wenn davon auszugehen sei, dass ihm ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei, so könne dieses gemäss geltender Rechtsprechung nicht rückwirkend, sondern erst für die Zukunft angerechnet werden (Urk. 1 S. 5). Ein unredliches Verhalten könne ihm nicht vorgeworfen werden, es sei ihm gekündigt worden und er leide unter gesundheitlichen Problemen (Urk. 1 S. 5).

Ein rückwirkendes Abstellen auf ein hypothetisches Einkommen ist problematisch, da einerseits die Anrechnung eines solchen ausser Betracht bleiben muss, wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt (BGE 117 II 17), und es andererseits unter Umständen unzulässige Eingriffe in das Existenzminimum nach

sich ziehen könnte. Vom Grundsatz der Nichtrückwirkung kann aber insbesondere dann abgewichen werden, wenn es für den Unterhaltsverpflichteten voraussehbar war, dass er seine Lebensumstände anpassen muss, oder wenn er sich gar unredlich verhalten hat (BGer 5P.79/2004 vom 10. Juni 2004, E. 4.3.; BGer 5P.388/2003 vom 7. Januar 2004, E. 2.1; BGer 5A_317/2011 vom 22. November 2011, E. 6.2).

Wie die Erwägungen unter lit c. zeigen, sind die geltend gemachten Gründe für den neuen Vertrag nicht schlüssig und vermögen die ärztlichen Zeugnisse die Ausführungen des Beklagten nicht nachvollziehbar zu stützen. Insbesondere der Umstand, dass der Beklagte bereits gegen Ende 2013 einen Bandscheibenvorfall erlitten haben soll, dann aber offenbar gleichwohl als Dachdecker weiter arbeitet, daneben eine Hauswartung versieht (Prot. I S. 9) und sich erst Monate später zu einem Arzt begibt, welcher rückschonende Arbeiten empfiehlt, ist schwer nachvollziehbar. Ferner arbeitet der Beklagte trotz der gesundheitlichen Probleme weiterhin als Hauswart (Prot. I S. 41). Die Suchbemühungen für eine 100 %-Stelle blieben reine Behauptungen (Prot. I S. 37), weshalb davon auszugehen ist, dass sich der Beklagte nicht ernsthaft um eine neue Stelle bemüht. Dies, obwohl er seit der Verhandlung von Ende Juni 2014 mit der Unterhaltsforderung der während der Ehe nicht erwerbstätigen Klägerin konfrontiert war (Prot. I. S. 8 f., S. 14). Sucht der Beklagte aber nicht ernsthaft eine neue, besser bezahlte Stelle, so ist ihm einerseits sein Untätigsein als leichtfertig vorzuwerfen und hat er andererseits auch nicht glaubhaft gemacht, dass es ihm unmöglich ist, den früheren Lohn wieder zu erzielen. Nach dem Dargelegten bestehen daher konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte den neuen Vertrag beim alten Arbeitgeber nur deshalb eingegangen ist, um seine Leistungsfähigkeit zu schmälern. Da dieses Verhalten nicht zu schützen ist, der Beklagte zumindest seit der Verhandlung vom 21. November 2014 ernsthaft damit rechnen musste, für die Dauer des Scheidungsverfahrens Unterhalt bezahlen zu müssen (Urk. 7/35 S. 3), ist das hypothetische Einkommen ab Zustellung des erstinstanzlichen Entscheides (9. Januar 2015) bzw. ab Februar 2015 anzurechnen.

e) Die Vorinstanz rechnete auch in der Zeit ab September 2014 die Spesen mit ein, da dem Beklagten ein hypothetisches Einkommen im Umfang seines bisherigen Einkommens anzurechnen sei (Urk. 2 S. 9). Der Beklagte moniert, die Spesen seien unberücksichtigt zu lassen, zumal nicht davon ausgegangen werden könne, dass das künftige Einkommen auch solche beinhalten werde (Urk. 1 S. 6). Der Beklagte muss sich vorwerfen lassen, sich nach Erhalt der Kündigung nicht mit Kräften nach einer neuen, gleich gut bezahlten Stelle gekümmert zu haben. Bei Spesenentschädigungen gilt der allgemeine Grundsatz, dass diese nur dann nicht zum Einkommen gehören, wenn damit Auslagen ersetzt werden, die dem betreffenden Ehegatten bei seiner Berufsausübung tatsächlich entstehen. Ist das nicht der Fall, muss der Spesenersatz unabhängig von der arbeitsvertraglichen Regelung wie ein Lohnbestandteil behandelt werden (ZK-Bräm, Art. 163 N 72; Spycher/Hausheer, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl. 2010, Rz 01.31). Der Beklagte macht nicht geltend, dass er effektive Auslagen hat, gegenteils liess er sich die Spesen vor Vorinstanz als Einkommen anrechnen (Urk. 7/49 S. 3). Es ist deshalb von einem Lohnbestandteil auszugehen, was zu einem hypothetischen Einkommen von Fr. 4'724.25 ab Februar 2015 führt.

2.2.2 Nebenverdienst

a) Der Beklagte versieht neben seiner Haupttätigkeit eine Hauswartung bei der D._____ AG, welche im Jahr 2013 mit Fr. 5'138.– entschädigt wurde (Urk. 7/13/15). Die Vorinstanz erwog, der Nebenverdienst sei bei der Berechnung des Einkommens zu berücksichtigen, nachdem dieser während der gesamten bisherigen Ehedauer erzielt worden sei (Urk. 2 S. 8). Der Beklagte rügt, die Vorinstanz verkenne, dass gemäss Rechtsprechung niemand verpflichtet werden könne, einer Erwerbstätigkeit von mehr als 100 % nachzugehen (Urk. 1 S. 3).

b) Anders als im Scheidungsverfahren ist im Rahmen vorsorglicher Massnahmen keine dauerhafte Regelung zu treffen, sondern sind die Verhältnisse einstweilen zu regeln. Von Ausnahmen abgesehen (vgl. Ziff. 2.2.1 lit. c und d), ist grundsätzlich von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen. Es erscheint daher nicht unkorrekt, auch den während der Ehe ausgeübten Nebenverdienst zu berücksichtigen. Trotz Einrechnung des Zusatzverdienstes des Beklagten reichen

die finanziellen Verhältnisse der Parteien - ab Bezug einer eigenen Wohnung der Klägerin - nicht zur Deckung der Kosten von zwei Haushalten, indem gemäss dem erstinstanzlichen Entscheid die laufenden Steuern nicht berücksichtigt werden konnten. Der Beklagte verweist einzig auf die Rechtsprechung, behauptet aber nicht, dass ihm die bisher ausgeübte Nebenverdiensttätigkeit nicht zuzumuten (gewesen) sei. Demzufolge ist der Nebenverdienst anzurechnen und zwar für die ganze Dauer des Verfahrens im Betrag von Fr. 428.-. Die Klägerin wendet zu Recht ein, dass nicht einzusehen sei, weshalb die Vorinstanz den Bonusanteil auch beim Nebenverdienst gekürzt habe (Urk. 10 S. 7). Da sich diesbezüglich nichts geändert hat, ist der Betrag nicht zu reduzieren.

2.2.3 Zeit September 2014 bis Januar 2015

a) Nach dem Gesagten ist für diesen Zeitraum auf den tatsächlichen Verdienst abzustellen. Es ist von Fr. 4'178.- auszugehen, nämlich Fr. 1'950.- Hauptverdienst inkl. Anteil 13. Monatslohn (Urk. 7/46/7) plus (durchschnittlich) Fr. 1'800.- Arbeitslosenentschädigung (Urk. 7/46/9) plus Fr. 428.- Nebenverdienst.

b) Die Klägerin moniert, der BVG-Abzug auf der Lohnabrechnung Oktober 2014 sei viel zu hoch (Urk. 10 S. 8). Sie tut indes nicht dar, weshalb sie dies nicht bereits vor Vorinstanz rügte, weshalb das Vorbringen novenrechtlich verspätet ist (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.2.4 Es ist von folgenden Einkommenszahlen auszugehen:

	April - Aug. 2014	Sept. - Jan. 2015	ab Februar 2015
Haupterwerb	4'908.25	1'950.-	4'724.25
Nebenverdienst	428.-	428.-	428.-
AL-Entschädigung		1'800.-	
Total	5'336.25	4'178.-	5'152.25
Gerundet	5'300.-	4'180.-	5'150.-

3. Bedarf

3.1 Bedarf Beklagter

Der Beklagte moniert, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Auslagen für auswärtiges Essen nicht berücksichtigt. Er habe keine Kantine und müsse auswärts essen (Urk. 1 S. 6). Die Vorinstanz erwog, eine durchschnittliche Verpflegung über Mittag sei grundsätzlich im Grundbetrag enthalten, es sei nicht ausreichend dargelegt und auch nicht ausgewiesen, dass der Beklagte auswärts essen müsse (Urk. 2 S. 12). Dies ist zu bestätigen. Die üblichen Kosten für Nahrung sind bereits im Grundbetrag enthalten, weshalb bei der Position auswärtige Verpflegung nur Mehrkosten berücksichtigt werden können (vgl. Kreisschreiben, Ziffer III. 3.2.). Der Beklagte hat weder Mehrkosten substantiiert behauptet noch dargelegt, weshalb er mit Wohn- und Arbeitsort im gleichen Stadtteil auf auswärtige Verpflegung angewiesen ist. Damit beträgt der Bedarf unverändert gerundet Fr. 3'390.– bzw. Fr. 3'340.– (Urk. 2 S. 10 f).

3.2 Bedarf Klägerin

Im Bedarf der Klägerin sind zwei Positionen im Zeitraum April bis Juli 2014 angefochten.

3.2.1 Hausratversicherung

Die Vorinstanz rechnete den Betrag von Fr. 26.– ein (Urk. 2 S. 10). Der Beklagte moniert, die Klägerin habe bis Juli 2014 bei ihrem Bruder gewohnt, weshalb bei ihr keine Kosten für eine Hausratversicherung zu berücksichtigen seien (Urk. 1 S. 6). Die Klägerin erwidert, sie habe nicht bei ihrem Bruder, sondern bei ihrem Sohn und der Schwiegertochter gelebt und sie habe selbstverständlich an die dortigen Lebenshaltungskosten beitragen müssen (Urk. 10 S. 8). Dies steht in Widerspruch zu den Ausführungen vor Vorinstanz, wo sie für die Zeit bis Juli 2014 keine Kosten für die Hausratversicherung beantragt hat (Urk. 7/35 S. 15). Der Betrag von Fr. 26.– ist daher zu streichen.

3.2.2 Telefon - Radio - TV

Die Vorinstanz rechnete für Kommunikationskosten Fr. 159.– ein (Urk. 2 S. 10). Der Beklagte rügt, aufgrund der Tatsache, dass die Klägerin bei ihrem Bruder gewohnt habe, seien ihr keine Billag-Gebühren entstanden. Es sei von Fr. 120.– auszugehen (Urk. 1 S. 6). Die Klägerin macht wiederum geltend, dass ihr die entsprechenden Kosten entstanden seien (Urk. 10 S. 8). Vor Vorinstanz liess die Klägerin ausführen, dass die Billag-Gebühren entfallen (Urk. 7/35 S. 15), weshalb der Bedarf um Fr. 39.– zu reduzieren und lediglich die anerkannten Fr. 120.– zu berücksichtigen sind.

3.2.3 Der Bedarf für den Zeitraum April bis Juli 2014 beläuft sich somit auf gerundet Fr. 1'710.– (Fr. 1'774.– ./ Fr. 26.– ./ Fr. 39.–).

4. Unterhaltsanspruch

4.1 Gegenüberstellung

	April-Juli 2014	August 2014	Sept.-Jan 2015	ab Feb. 15
Einkommen K	1'700.–	1'700.–	1'700.–	1'700.–
Einkommen B	5'300.–	5'300.–	4'180.–	5'150.–
Bedarf K	1'710.–	3'170.–	3'170.–	3'170.–
Bedarf B	3'390.–	3'340.–	3'340.–	3'340.–
Freibetrag	1'900.–	490.–	(-630.–)	340.–
50 %	950.–	245.–	---	170.–

4.2 Unterhalt

Bedarf K	1'710.–	3'170.–	3'170.–	3'170.–
+ Freibetrag	950.–	245.–	(-630.–)	170.–
- Einkommen	1'700.–	1'700.–	1'700.–	1'700.–
	960.–	1'715.–	840.–	1'640.–

4.3 Da in den Bedarfspositionen kein Betreffnis für laufende Steuern berücksichtigt wurde, rechtfertigt es sich, den Überschuss je hälftig zu teilen. Das für die Monate September 2014 bis Januar 2015 resultierende Manko hat die Klägerin alleine zu tragen (vgl. BGE 135 III 66). Für August 2014 und für die Zeit ab Februar

2015 sind monatlich Fr. 1'600.– zuzusprechen, da aufgrund der Dispositionsmaxime nicht mehr als die vom Beklagten angefochtenen Fr. 1'600.– zugesprochen werden können (Art. 58 Abs. 1 ZPO).

5. In teilweiser Guttheissung der Berufung ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin persönlich für die Dauer des Scheidungsverfahrens folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- Fr. 960.– vom 1. April 2014 bis 31. Juli 2014.–,
- Fr. 1'600.– für August 2014,
- Fr. 840.– vom 1. September 2014 bis 31. Januar 2015,
- Fr. 1'600.– ab 1. Februar 2015 bis zur Rechtskraft des
Scheidungsurteils,

zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten jedes Monats, rückwirkend ab 1. April 2014.

III.

1. Geht man davon aus, dass die vorliegend getroffene Regelung der Unterhaltsbeiträge für rund zwei Jahre Geltung beanspruchen wird, sprach die Vorinstanz der Gesuchstellerin Unterhaltsleistungen von Fr. 35'960.– (Fr. 3'960.– + Fr. 32'000.–) zu. Der Beklagte anerkennt Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'034.– (Fr. 2'664.– + Fr. 1'370.–). Im Ergebnis werden Unterhaltsbeiträge für eine mutmassliche Verfahrensdauer von zwei Jahren auf insgesamt 32'040.– festgesetzt. Damit unterliegt der Gesuchsgegner zu rund 7/8 und er hat in diesem Umfang die Gerichtskosten zu tragen. Weiter ist er zu verpflichten, der Klägerin eine auf 3/4 reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 106 Abs. 2 ZPO).

2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 8 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die volle Parteientschädigung ist gestützt auf § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und 2 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 2'400.– (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer)

festzulegen; die auf 3/4 reduzierte Parteientschädigung beträgt Fr. 1'800.– (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer).

3. Prozesskostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege

3.1 Der Beklagte beantragt einen Prozesskostenvorschuss in der mutmasslichen Höhe der Gerichtskosten, eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1 S. 2).

3.2 Gemäss konstanter Praxis der Kammer kann im Massnahmeverfahren die angesprochene Partei gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB verpflichtet werden, der ansprechenden Partei einen Betrag an ihre finanziellen Aufwendungen für das Verfahren zu bezahlen (ZR 85 Nr. 32). Die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege geht der Beistandspflicht aus Familienrecht nach (BGE 85 I 4 ff. E. 3; ZR 83 Nr. 21 und ZR 90 Nr. 82). Bei der Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags sind die für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entwickelten Grundsätze analog anzuwenden. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Zusätzlich bedarf die Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses der Leistungsfähigkeit des Beanspruchten. Die Leistungsfähigkeit der Klägerin begründet der Beklagte nicht. Die Klägerin ihrerseits beantragt die Abweisung des Begehrens, da sie über keine liquiden Mittel verfüge, einen entsprechenden Vorschuss zu bezahlen (Urk. 10 S. 12).

Die Vorinstanz ging von der Mittellosigkeit beider Parteien aus und gewährte ihnen die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 2 S. 15). Die Klägerin besitzt eine Eigentumswohnung in E._____, Serbien, deren Wert sie auf ca. Fr. 30'000.– schätzt (Urk. 4/26 S. 3). An der Verhandlung im Juli 2014 äusserte sie, dass die Wohnung seit zwei Jahren im Internet ausgeschrieben sei, die Leute aber momentan kein Geld hätten (Prot. I S. 18). Die (erfolglosen) Verkaufsbemühungen sind nicht belegt. Allerdings ist nicht anzunehmen, dass der Verkauf zwischenzeitlich stattgefunden hat und der Klägerin der Nettoerlös zugeflossen ist, sie mithin über liquide Mittel verfügt, weshalb sie in Bezug auf den Prozesskostenvorschuss nicht als

leistungsfähig gilt (vgl. aber nachstehend Ziff. 3.3). Das Begehren ist daher abzuweisen.

Da der Beklagte als mittellos gilt, die Berufung nicht als aussichtslos zu bezeichnen und er auf Rechtsbeistand angewiesen ist, ist dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und Rechtsanwalt Dr. X._____ als unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen. Entsprechend ist der Kostenanteil des Beklagten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

3.3 Auch die Klägerin beantragt die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 10 S. 2). Es gehe aus den Akten hervor, dass sie nicht in der Lage sei, ihre eigenen Gerichts- und Anwaltskosten zu bestreiten. Der Beklagte habe überdies auch die im Rahmen der Berufung anerkannten Unterhaltsbeiträge nicht bezahlt (Urk. 10 S. 12). Es ist ausgewiesen, dass die Klägerin mit den laufenden Einnahmen als bedürftig gilt. Allerdings besitzt die Klägerin die bereits erwähnte Eigentumswohnung in E._____. Es entspricht konstanter Praxis, dass Parteien, welche ihr Vermögen in Immobilien angelegt haben, in Bezug auf die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung nicht besser gestellt werden sollen als solche, die ihr Vermögen auf ein Sparbuch gelegt oder in Wertschriften angelegt haben. Es kann von ihnen erwartet werden, dass sie die Liegenschaft zur Deckung der Verfahrenskosten belasten oder auch veräussern (Ferienliegenschaft). Erst wenn sie den Nachweis erbringen, dass dies nicht möglich ist, gilt ihre Mittellosigkeit als erstellt.

Über die Verkaufsbemühungen seit Juli 2014 ist nichts bekannt, neue Unterlagen wurden nicht eingereicht. Zur Begründung des Armenrechtsgesuchs im Berufungsverfahren hätte es zumindest gehört, hier aktualisierte Behauptungen aufzustellen und Belege über Verkaufsbemühungen einzureichen. Mit der pauschalen Behauptung vor Vorinstanz "Die Leute haben kein Geld" (Prot. I. S. 18) ist der Nachweis der Unmöglichkeit der Veräusserung jedenfalls nicht erbracht. Da das Berufungsverfahren jedoch mit dieser Entscheidung abgeschlossen ist, kommt eine Übergangsfrist zum Verkauf nicht mehr in Frage. Nachdem der Beklagte nicht einmal die von ihm in der Berufung anerkannten Unterhaltsbeiträge bezahlt hat,

die Klägerin lediglich über ein gesichertes eigenes Einkommen von Fr. 1'700.– verfügt, was nun den Gang zum Sozialamt nötig macht (Urk. 10 S. 17), und die Klägerin nach den vorstehenden Erwägungen Ziff. II 4. für einzelne Monate ein Manko zu tragen hat, erscheint es im Sinne einer Ausnahme als billig, die in der Wohnung investierten Mittel der Klägerin als grosszügigen Notgroschen zu belassen und die Klägerin als mittellos zu bezeichnen.

Da die Klägerin auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt, ist ihr ebenso die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Entsprechend ist auch der Kostenanteil der Klägerin einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Angesichts der finanziellen Verhältnisse des Beklagten wird die Parteientschädigung voraussichtlich nicht einbringlich sein. Folglich rechtfertigt es sich, die (volle) Parteientschädigung dem Rechtsvertreter der Klägerin direkt aus der Gerichtskasse zu bezahlen, unter Legalzession des Anspruchs (der Klägerin) auf den Kanton (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag des Beklagten um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses (bzw. Prozesskostenbeitrags) für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Beiden Parteien wird im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und der Klägerin in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ und dem Beklagten in der Person von Rechtsanwalt Dr. X._____ je ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Beklagten wird Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 18. Dezember 2014 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin persönlich für die Dauer des Scheidungsverfahrens folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- Fr. 960.– vom 1. April 2014 bis 31. Juli 2014,
- Fr. 1'600.– für August 2014,
- Fr. 840.– vom 1. September 2014 bis 31. Januar 2015,
- Fr. 1'600.– ab 1. Februar 2015 bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils,

zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten jedes Monats, rückwirkend ab 1. April 2014."

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin zu 1/8 und dem Beklagten zu 7/8 auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht der Parteien gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'944.– zu bezahlen. Der unentgeltliche Rechtsbeistand der Klägerin, Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, wird mit Fr. 2'592.– aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Anspruch der Klägerin auf Parteientschädigung geht mit Zahlung der Entschädigung an den Kanton über.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an Vorinstanz und 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 19. Juni 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
se