

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY160002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Beschluss und Urteil vom 28. April 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. _____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes in Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichtes Hinwil vom 11. Dezember 2015; Proz. FE150191

Anträge im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen:

der Klägerin und Berufungsbeklagten (act. 6/9 S. 2):

- " 1. Es sei der Gesuchsteller zu verpflichten, rückwirkend ab dem 1. Oktober 2015 monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
- an die Kosten der Erziehung und des Unterhalts der Kinder:
CHF 1'000.– pro Kind zzgl. Kinderzulagen für die weitere Dauer des Verfahrens.
 - für die Gesuchstellerin persönlich:
CHF 1'860.– bis zum Einzug des Gesuchstellers in eine eigene Wohnung
CHF 1'100.– ab dem Einzug des Gesuchstellers in eine eigene Wohnung für die weitere Dauer des Verfahrens
- zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats an die Gesuchstellerin.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten des Gesuchstellers."

des Beklagten und Berufungsklägers (act. 6/26 S. 1):

- " 1. Es sei der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchstellerin rückwirkend ab 1. Oktober 2015 unter Anrechnung der bereits geleisteten Zahlungen monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
- Oktober 2015: Fr. 3'259.– zzgl. Kinderzulagen
 - ab November 2015: Fr. 2'303.– zzgl. Kinderzulagen
- zahlbar monatlich im Voraus auf den 1. eines jeden Monates an die Gesuchstellerin.
2. Es sei das Gesuch der Gesuchstellerin um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Gesuchsteller abzuweisen.
3. Es sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsteller einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu bezahlen; eventualiter sei dem Gesuchsteller die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihm in der Person seines derzeitigen Vertreters ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen;
- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten der Gesuchstellerin."

Verfügung des Bezirksgerichtes Hinwil vom 11. Dezember 2015:

(act. 3 = act. 5 = act. 6/30)

- 1.-3. [unentgeltliche Rechtspflege; Besuchsrechtsregelung]
4. Für die Dauer des Scheidungsverfahrens wird der Beklagte verpflichtet, an die Kosten der Söhne D._____ und E._____, beide geboren am tt.mm.2012, rückwirkend ab 1. Oktober 2015 je monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'000.– zuzüglich allfälliger gesetzlicher und vertraglicher Familienzulagen zu bezahlen.
5. Der Beklagte wird für die Dauer des Scheidungsverfahrens verpflichtet, der Klägerin persönlich rückwirkend ab 1. Oktober 2015 in folgendem Umfang nachehelichen Unterhalt zu bezahlen:
- Fr. 1'460.– für den Monat Oktober 2015
 - Fr. 440.– für die Monate November und Dezember 2015
 - Fr. 470.– vom 1. Januar 2016 bis 31. März 2016
 - Fr. 680.– ab 1. April 2016
6. Es wird festgestellt, dass der Beklagte seiner Unterhaltspflicht gemäss Dispositiv-Ziffern 4 und 5 für die Monate Oktober bis Dezember 2015 im Umfang von Fr. 9'400.– nachgekommen ist. Im Umfang von Fr. 140.– sind die Unterhaltsbeiträge für die Monate Oktober bis Dezember 2015 nicht bezahlt worden.
- 7.-9. [Kosten- und Entschädigungsfolgen; Mitteilungen; Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (act. 2 S. 2):

- " 1. Es sei in Abänderung von Dispositiv Ziff. 5 des angefochtenen Entscheides der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin persönlich rückwirkend ab 1. Oktober 2015 in folgendem Umfang nachehelichen Unterhalt zu bezahlen:
- Fr. 1'260.– für den Monat Oktober 2015

- Fr. 300.– je für die Monate November und Dezember 2015
 - Fr. 320.– ab Januar 2016
2. Es sei in Abänderung von Dispositiv Ziff. 6 des angefochtenen Entscheides festzuhalten, dass der Beklagte für die Monate Oktober bis Dezember 2015 Fr. 340.– zu viel Unterhaltsbeiträge bezahlt hat. Der Beklagte sei zu berechtigen, diesen Betrag mit seinem zukünftigen Unterhaltszahlungen zu verrechnen;
- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten der Klägerin."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (act. 9 S. 2):

- " 1. Die Berufung sei abzuweisen.
- 2. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten des Beklagten und Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

(Übersicht zum Sachverhalt und Prozessgeschichte)

1. Die Parteien haben am tt. Juni 2012 geheiratet. Aus ihrer Ehe gingen die Zwillinge D._____ und E._____ hervor (geb. tt.mm.2012). Seit Oktober 2015 stehen sich die Parteien in einem Scheidungsverfahren vor dem Bezirksgericht Hinwil (nachfolgend Vorinstanz) gegenüber (vgl. act. 6/1-34). Im Rahmen dieses Scheidungsverfahrens ersuchte die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) mit Eingabe vom 14. Oktober 2015 um Erlass von vorsorglichen Massnahmen (act. 6/9). Am 11. Dezember 2015 führte die Vorinstanz die Verhandlung bezüglich des Massnahmebegehrens durch (Prot. Vi S. 9 ff.). Mit Verfügung vom 11. Dezember 2015 entschied die Vorinstanz über die vorsorglichen Massnahmen. Sie verpflichtete den Beklagten und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) zur Leistung von Ehegatten- und Kinderunterhalt (act. 3 = act. 5 = act. 6/30; nachfolgend zitiert als act. 5). Hinsichtlich der Besuchsrechtsregelung schlossen

die Parteien anlässlich der Verhandlung eine Vereinbarung (act. 5 E. II./4; act. 6/29).

2. Dieser Entscheid wurde dem Beklagten am 13. Januar 2016 zugestellt (act. 6/31). Mit Eingabe vom 18. Januar 2016 (Datum Poststempel) erhob der Beklagte rechtzeitig Berufung mit den eingangs erwähnten Anträgen (act. 2). Auf die Einholung eines Kostenvorschusses wurde verzichtet, da der Beklagte ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt hat (act. 2 S. 2). Der Klägerin wurde mit Verfügung vom 23. Februar 2016 Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 7), die rechtzeitig erstattet wurde (act. 8 und act. 9). Diese wurde dem Beklagten samt Beilagen zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 11). Am 16. März 2016 (Datum Poststempel) reichte der Beklagte eine Eingabe ein (act. 13-15), die der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (act. 16 und act. 17). Die Akten von Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6/1-34). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

(Rechtliche Vorbemerkungen)

1. Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist einzig der persönliche Unterhalt der Klägerin; der Kinderunterhalt blieb unangefochten. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGE 133 III 393 E. 2; BGer 5A_740/2009 E. 1). 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). Vor Vorinstanz standen sich die Rechtsbegehren der Klägerin und des Beklagten gegenüber. Für Oktober 2015 verlangte die Klägerin für sich und die Kinder einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'860.– und ab November 2015 einen solchen von monatlich Fr. 3'100.– (vgl. act. 6/9 S. 2 i.V.m. act. 6/27/8). Demgegenüber beantragte der Beklagte, für Oktober 2015 einen Ehegatten- und Kinderunterhalt von Fr. 3'259.– und ab November 2015 einen solchen von monatlich Fr. 2'303.– zu bezahlen (vgl. act. 6/26 S. 1). Für Oktober 2015 waren daher rund

Fr. 600.– und ab November 2015 rund Fr. 800.– pro Monat strittig. Bei einer geschätzten Verfahrensdauer von zwei Jahren ist damit der vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.– gemäss den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren der Parteien ohne Weiteres gegeben (strittiger Unterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 800.– x 24 Monate).

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Es gilt die Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (BGE 138 III 374, E. 4.3.1 = Pra 102 (2013) Nr. 4). Nach Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

2. Über vorsorgliche Massnahmen ist – unter Vorbehalt der Art. 272 und 273 ZPO – im summarischen Verfahren im Sinne der Art. 248 ff. ZPO zu entscheiden (vgl. Art. 271 lit. a i.V.m. Art. 276 ZPO). Es soll in einem raschen Verfahren eine vorläufige Friedensordnung hergestellt werden. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind daher, bei freier Beweiswürdigung, lediglich glaubhaft zu machen (FamKomm Scheidung/Leuenberger, 2. Aufl., Anh. ZPO Art. 276 N 1 und 17). Das Gericht muss somit nicht von der Richtigkeit einer Behauptung überzeugt sein, es reicht aus, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen der fraglichen Tatsachen spricht. Dabei ist analog zu Art. 8 ZGB eine "Glaubhaftmachungslast" derjenigen Partei zu beachten, welche aus einer behaupteten Tatsache Rechte ableitet (BGer 5A_117/2010 E. 3.3).

Im Verfahren gilt sodann Art. 272 ZPO, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Die Untersuchungsmaxime verpflichtet das Gericht, zur

Sammlung des Prozessstoffes beizutragen (FamKomm Scheidung/Vetterli, 2. Aufl., Anh. ZPO Art. 272 N 1). Sind Kinderbelange zu regeln – was vorliegend nicht der Fall ist – gelten die uneingeschränkte (strenge) Untersuchungsmaxime und die Officialmaxime (BK ZPO-Spycher, Art. 296 N 7; Pfänder Baumann, DIKE-Komm- ZPO, online-Stand 18.10.2011, Art. 272 N 2 und 6). Jedoch entbindet auch die Untersuchungsmaxime die Parteien nicht von ihrer Mitwirkungspflicht (BGer 5P.473/2006 E. 3.2.).

3. Die vorliegende Berufung wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Beklagte ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

III.

(Zur Berufung im Einzelnen)

1. Ausgangslage

1.1. Im vorliegenden Verfahren ist einzig der Ehegattenunterhalt strittig. Die Vorinstanz verpflichtete den Beklagten zur Leistung von folgenden Ehegattenunterhaltsbeiträgen (vgl. act. 5 Dispositiv-Ziffer 5):

- Fr. 1'460.– für den Monat Oktober 2015;
- Fr. 440.– für die Monate November und Dezember 2015;
- Fr. 470.– vom 1. Januar 2016 bis 31. März 2016;
- Fr. 680.– ab 1. April 2016.

Der Beklagte will diesen Unterhalt wie folgt reduziert haben:

- Fr. 1'260.– für den Monat Oktober 2015;
- Fr. 300.– je für die Monate November und Dezember 2015;
- Fr. 320.– ab Januar 2016.

1.2. Die Vorinstanz legte ihrem Entscheid ein Monatsnettoeinkommen des Beklagten von Fr. 6'239.– zugrunde (act. 5 E. II.2.5.). Von einem solchen geht grundsätzlich auch der Beklagte aus. In seiner Eingabe vom 16. März 2016 bringt

er unter Beilage einer Bestätigung seines Arbeitgebers aber neu vor, er bezahle für den Parkplatz bei seinem Arbeitgeber seit Februar 2016 Fr. 50.– pro Monat. Dieser Betrag werde ihm direkt vom Gehalt abgezogen (act. 13 und act. 14). Gemäss den Lohnabrechnungen für September bis November 2015 bezahlte der Beklagte bislang Fr. 30.– für den Parkplatz (act. 5/4; act. 27/B1 und act. 27/B2). Dieser Betrag wurde bei der Berechnung des monatlichen Nettoeinkommens des Beklagten berücksichtigt, mithin in Abzug gebracht. Es stellt sich daher die Frage, ob das monatliche Nettoeinkommen des Beklagten von Fr. 6'239.– um Fr. 20.– zu reduzieren ist.

Im Berufungsverfahren müssen Noven unverzüglich vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. E. II.2.). Das Gesetz nennt keine Frist, sondern verlangt, dass neue Tatsachen oder Beweismittel "ohne Verzug" vorgebracht werden. In der Lehre wird eine Zeitspanne bzw. Frist von einer bis zwei Wochen befürwortet (Volkart, Dike-Komm-ZPO, online-Stand 18.10.2011, Art. 317 N 10: eine Woche dürfte "sicher" genügen, zwei Wochen bilden "die obere Grenze"; ZK ZPO-Reetz/Hilber, 2. Aufl., Art. 317 N 48: 10 Tage, mit zahlreichen Verweisen auf andere Fristen des Gesetzes; BSK ZPO-Spühler, 2. Aufl., Art. 317 N 7: eine oder zwei Wochen; ZPO-Rechtsmittel-Stauber, Art. 317 N 27: zehn Tage, mit Hinweis auf anderen Fristen). Die Bestätigung des Arbeitgebers des Beklagten datiert vom 22. Februar 2016 (act. 14). Am 16. März 2016 und damit nach Ablauf von rund 23 Tagen reichte der Beklagte diese Bestätigung ein. Weshalb er mit deren Einreichung so lange zugewartet hat, begründet er nicht. Die Eingabe vom 16. März 2016 wurde damit nicht mehr im Rahmen der gesetzlichen Vorgabe "ohne Verzug" eingereicht. Im Berufungsverfahren ist damit unverändert von einem monatlichen Nettoeinkommen des Beklagten von Fr. 6'239.– auszugehen.

1.3. Auf der Bedarfsseite des Beklagten ging die Vorinstanz von folgenden Beträgen aus (act. 5 E. II.2.5.9.):

	01.10.2015- 31.10.2015	01.11.2015- 31.12.2015	01.01.2016- 31.03.2016	ab 01.04.2016
Grundbetrag	Fr. 1'100.–	Fr. 1'200.–	Fr. 1'200.–	Fr. 1'200.–

Wohnungskosten	Fr. 650.–	Fr. 1'510.–	Fr. 1'510.–	Fr. 1'300.–
Kommunikation und Medien	Fr. 100.–	Fr. 139.–	Fr. 139.–	Fr. 139.–
Krankenkasse	Fr. 70.–	Fr. 70.–	Fr. 210.–	Fr. 210.–
Gesundheitskosten	Fr. 250.–	Fr. 250.–	Fr. 83.–	Fr. 83.–
Hausrat/Haftpflicht	Fr. 0.–	Fr. 21.–	Fr. 21.–	Fr. 21.–
Mobilitätskosten	Fr. 500.–	Fr. 500.–	Fr. 500.–	Fr. 500.–
Auswärtige Verpflegung:	Fr. 110.–	Fr. 110.–	Fr. 110.–	Fr. 110.–
Total:	Fr. !Syntaxfehler, (2780.–	Fr. 3800.–	Fr. 3773.–	Fr. 3563.–

Der Beklagte bestreitet mit seiner Berufung den Grundbetrag für den Monat Oktober 2015 (vgl. E. III.2.1. unten) sowie die Wohnungskosten ab April 2016 (vgl. E. III.2.2. unten) und die Mobilitätskosten (vgl. E. III.2.3. unten).

2. Bestrittene Positionen

2.1. Grundbetrag

2.1.1. Der Beklagte beanstandet, die Vorinstanz habe ihm für Oktober 2015 nur einen Grundbetrag von Fr. 1'100.– zugebilligt, weil sie von einer Haushaltsgemeinschaft mit einer erwachsenen Person ausgegangen sei, obwohl er nur vorübergehend ein Zimmer in einer 5 ½ Zimmerwohnung bewohnt habe. Bei einer blossen Zimmermiete könne nicht von einer solchen Haushaltsgemeinschaft ausgegangen werden. Entsprechend sei auch im Monat Oktober 2015 von einem Grundbetrag von Fr. 1'200.– auszugehen (act. 2 Ziff. 2.5.1. S. 4).

2.1.2. Gemäss Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebs-

rechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (nachfolgend Kreisschreiben) beträgt der monatliche Grundbetrag für einen alleinstehenden Schuldner, der in einer Haushaltsgemeinschaft mit einer erwachsenen Person lebt, Fr. 1'100.– (vgl. Kreisschreiben Ziff. II.1.1). Der Beklagte bestritt nicht, im Oktober 2015 mit (mindestens) einer erwachsenen Person zusammengewohnt zu haben. Es ist daher mit der Vorinstanz von einer Haushaltsgemeinschaft mit einer erwachsenen Person auszugehen (vgl. act. 5 E. II.2.5.1.). Weshalb bei der Miete eines Zimmers und/oder dem bloss vorübergehenden Zusammenleben mit einer erwachsenen Person der Grundbetrag eines Alleinstehenden ohne Haushaltsgemeinschaft eingesetzt werden soll, ist nicht einzusehen. Denn auch bei einer derartigen Konstellation darf von einer Kostenersparnis im Vergleich zu einem Einpersonenhaushalt ausgegangen werden, welche die Einsetzung des gemäss Kreisschreiben geltenden entsprechend tieferen Grundbetrages von Fr. 1'100.– rechtfertigt. Damit ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dem Beklagten für Oktober 2015 lediglich den reduzierten Grundbetrag von Fr. 1'100.– zugewilligt hat.

2.2. Wohnkosten

2.2.1. Der Beklagte kritisiert die Senkung der Wohnkosten ab dem 1. April 2016 von Fr. 1'510.– auf Fr. 1'300.–. Die Vorinstanz hat den belegten Mietzins von Fr. 1'510.– (inkl. Nebenkosten) für übersetzt befunden und hat stattdessen einen reduzierten hypothetischen Wohnaufwand von Fr. 1'300.– angenommen. Zur Begründung führte sie aus, der Mietaufwand des Beklagten erscheine im Vergleich zur Miete der Klägerin mit den Zwillingen und mit Blick auf die Marktverhältnisse, den wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien sowie den persönlichen Bedürfnissen des Beklagten nicht angemessen. Der Beklagte benötige weder für sich alleine noch zur Ausübung des Besuchsrechts eine 3 ½-Zimmerwohnung. Während des Scheidungsverfahrens werde der Beklagte die Zwillinge jede zweite Woche am Samstag oder am Sonntag von 9.00 Uhr bis 13.30 Uhr sehen. Dem Beklagten könne daher ohne Weiteres zugemutet werden, für sich alleine eine kleinere und günstigere Wohnung zu mieten. Bis zum ordentlichen Kündigungstermin seien dem Beklagten seine effektiven Wohnkosten zuzubilligen. Danach sei der Miet-

zins auf ein Normalmass herabzusetzen. Mit Blick auf die Marktverhältnisse für eine 2 ½ bis 3-Zimmerwohnung erscheine eine Reduktion des Mietzinses auf Fr. 1'300.– realitätsnah. Die Wohnkosten seien daher ab 1. April 2016 auf Fr. 1'300.– herabzusetzen (act. 5 E. II.2.5.2).

2.2.3. Der Beklagte rügt, dass die Vorinstanz die geltend gemachten Wohnkosten als unangemessen taxiert hat. Es sei unzumutbar, wenn er seine Wohnung auf den nächsten ordentlichen Kündigungstermin kündigen müsse, um in eine kleinere sowie günstigere Wohnung zu ziehen, nur damit er in ein bis zwei Jahren wieder eine grössere Wohnung suchen müsse, um sein Betreuungsrecht ausüben zu können. Der Mietzins von Fr. 1'510.– befinde sich im unteren Rahmen der üblichen Mietzinse für eine 3- oder 3 ½-Zimmerwohnung im Zürcher Oberland, da solche in der Regel für Fr. 1'800.– oder mehr vermietet würden. Trotz der bescheidenen finanziellen Verhältnisse der Parteien sei sein Mietzins angemessen (act. 2 Ziff. 2.5.2. S. 4 -6).

2.2.4. Die Klägerin bringt zusammengefasst vor, die Suchbemühungen des Beklagten seien ungenügend. Er habe sich lediglich für fünf der 20 aufgelisteten Wohnungen beworben. Der Mietzins dieser Wohnungen habe sich zwischen Fr. 1'450.– und Fr. 1'550.– inkl. Parkplatz bewegt und sei unangemessen. Bei den etwas günstigeren Wohnungen habe er handschriftliche Vermerke, wie "sehr laut" oder "zu klein" angebracht. Es sei daher nicht so, dass es keine günstigeren Wohnungen gegeben hätte (act. 9 S. 5). Ausserdem würden 18 der 20 Wohnungen im Zürcher Oberland liegen, obwohl der Beklagte dort gar nicht verwurzelt sei. Zwei Wohnungsinserate würden die Umgebung seines Arbeitsortes betreffen. Beworben habe er sich für diese jedoch nicht. Der Beklagte sei verpflichtet, seine Suche auch auf Regionen auszuweiten, die näher an seinem Arbeitsort liegen würden. Insgesamt sei es nicht willkürlich, dass die Vorinstanz dem Beklagten für eine Wohnung Fr. 1'300.– angerechnet habe (act. 9 S. 6 f.).

2.2.5. Einer Partei kann ein hypothetischer Wohnungszins angerechnet werden, wenn der Wohnaufwand zu hoch ist, vor allem im Vergleich mit der anderen Partei, und ihr die Miete einer günstigeren Wohnung oder die Vermietung eines Zimmers zugemutet werden kann (vgl. Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhalt-

rechts, 2. Aufl., Rz. 02.33; BGE 129 III 526 E. 2 mit Hinweisen; Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., S. 119 f.). Die Zumutbarkeit einer Wohnung kann nicht mathematisch exakt berechnet werden, es handelt sich vielmehr um einen ausgeprägten Ermessensentscheid.

Bis Ende Oktober 2015 bewohnte der Beklagte ein Zimmer in einer 5 ½ Zimmerwohnung und bezahlte dafür Fr. 650.–. Am 1. November 2015 und damit eineinhalb Monate vor der Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen zog der Beklagte in eine 3 ½ Zimmerwohnung an der ...strasse ... in F._____. Der Anspruch in eine eigene Wohnung zu ziehen, steht dem Beklagten zu. Er benötigt zur Ausübung des Besuchsrechts gegenüber seinen Kindern eine für diesen Zweck taugliche Wohnung. Der monatliche Mietzins beträgt inkl. Nebenkosten Fr. 1'510.– (vgl. act. 27/B8). Dieser Mietzins scheint angemessen, denn bekanntlich bestehen im Rahmen von Fr. 1'300.– (auch für kleinere Wohnungen) nur vereinzelte Angebote auf dem Wohnungsmarkt. Aufgrund der vorliegenden Umstände und auch unter Berücksichtigung der Mankolage der Klägerin ist dieser Mietzins nicht zu beanstanden. Er bewegt sich in der Bandbreite, welche das Gericht akzeptiert. Jedenfalls veranlasst er das Gericht nicht, den Beklagten zu einem Wohnungswechsel zu zwingen. Ausserdem ist zu bedenken, dass auf den Beklagten – würde er jetzt in eine zwar günstigere, aber kleinere Wohnung ziehen – doppelte Umzugskosten zukommen würden, was ein unnötiger Leerlauf wäre. Sobald der Beklagte die Kinder über Nacht zu Besuch haben wird (was aufgrund des Wegzugs der Klägerin von F.____ [ZH] nach G.____ [GR] früher oder später der Fall sein wird), müsste der Beklagte erfahrungsgemäss eine dafür geeignete Wohnung vorweisen können. Ein Wohnungswechsel würde daher kaum einen Gewinn bringen. Unter Berücksichtigung des doch angespannten Wohnungsmarktes im Kanton Zürich sind dem Beklagten seine Wohnungskosten von Fr. 1'510.– anzurechnen.

2.3. Mobilitätskosten

2.3.1. Der Beklagte möchte in seinem Bedarf Mobilitätskosten in Höhe von Fr. 600.– berücksichtigt haben. Die Vorinstanz hat dem Beklagten zugebilligt, für den Weg zur Arbeit sein Auto zu benutzen, da diesem – zumindest für die Früh-

schicht – Kompetenzcharakter zukomme. Sie erwog, es sei unbestritten und erscheine glaubhaft, dass der Beklagte während der Ehe spätestens um 6.30 Uhr mit der Arbeit begonnen habe. Ausserdem habe die Klägerin anerkannt, dass es dem Beklagte nicht möglich sei, mit den öffentlichen Verkehrsmitteln pünktlich um 6.30 Uhr mit der Arbeit zu beginnen. Unter Berücksichtigung, dass der Arbeitsweg rund 37 km pro Weg und die Parkplatzmiete Fr. 45.– betrage, erscheine es insgesamt angemessen, dem Beklagten monatlich Fr. 500.– an die Mobilitätskosten anzurechnen (act. 5 E. II.2.5.7.).

2.3.2. Der Beklagte bringt vor, sein Arbeitsweg betrage pro Tag 74 km. Im Monat lege er somit 1'480 km zurück (74 km x 20 Tage). Das Steueramt rechne mit Kosten von Fr. 0.70 pro Kilometer und der TCS mit solchen von Fr. 0.80. Seine monatlichen Fahrkosten würden daher rund Fr. 1'036.– betragen. Gemäss Vorinstanz stünden ihm jedoch nur Fr. 455.– an Fahrtkosten zu, denn im Betrag von Fr. 500.– sei auch die Miete seines Abstellplatzes von Fr. 45.– inbegriffen. Dies ergebe eine Vergütung von Fr. 0.31 pro Kilometer. In seinem Bedarf seien daher Fr. 600.– einzusetzen (act. 2 Ziff. 2.5.7.).

2.3.3. Die Klägerin ist der Ansicht, dem Fahrzeug des Beklagten komme kein Kompetenzcharakter zu. Obwohl der Beklagte zwar immer mit dem Auto zur Arbeit gefahren sei, könne er ebenso gut den öffentlichen Verkehr benutzen. Seine Aussage, er müsse nun Schicht arbeiten, sei nicht glaubwürdig. Die ihm von der Vorinstanz angerechneten Fr. 500.– seien an der obersten Grenze des Akzeptablen (act. 9 S. 10).

2.3.4. Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass die Frühschicht des Beklagten auf eine Zeit fällt, zu welcher er ohne Auto nicht pünktlich zur Arbeit erscheinen könnte. Dem Fahrzeug kommt daher mit Bezug auf die Frühschicht Kompetenzqualität zu. Auch wenn dem Fahrzeug Kompetenzcharakter zukommt, so müssen die zu berücksichtigenden Kosten in einem vernünftigen Verhältnis zum Einkommen des betroffenen Ehegatten, zu den Berufskosten des anderen Ehegatten und dem Gesamtbedarf der Ehegatten und Kinder stehen. Im Kreisschreiben Ziffer III.3.4.e. ist in Nachachtung dieser Grundsätze ein vom Arbeitsweg abhängiger Pauschalbetrag von Fr. 100.– bis maximal Fr. 600.– pro Monat vorgesehen. Unter Berücksichtigung

sichtigung der vorliegenden finanziellen Verhältnissen erscheint der von der Vorinstanz festgesetzte Betrag von Fr. 500.– inkl. Parkplatz durchaus angemessen, weshalb es bei diesem Betrag bleibt.

3. Unterhaltsberechnung

3.1. Der von der Vorinstanz festgesetzte Ehegattenunterhalt für die Monate Oktober bis Dezember 2015 bleibt unverändert, da der Grundbetrag für Oktober 2015 bei Fr. 1'100.– sowie die Mobilitätskosten bei Fr. 500.– zu belassen sind und stets von einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 6'239.– auszugehen ist. Damit drängt sich auch keine neue Berechnung der bereits geleisteten Zahlungen für diese Monate auf (vgl. Rechtsbegehren Ziffer 2 des Beklagten). In diesem Umfang ist die Berufung abzuweisen.

3.2. Die Wohnkosten des Beklagten betragen ab November 2015 Fr. 1'510.– und sind ab April 2016 nicht auf Fr. 1'300.– zu reduzieren. Ab Januar 2016 beträgt der Bedarf des Beklagten Fr. 3'773.– (vgl. E. III.1.3. vorne). Für die Zeit ab Januar 2016 ergibt dies folgende Unterhaltsberechnung:

Nettoeinkommen Beklagter	Fr. 6'239.–
./. Bedarf Beklagter	Fr. 3'773.–
./. Kinderunterhaltsbeiträge	<u>Fr. 2'000.–</u>

Unterhaltsanspruch gerundet Fr. 470.–

Der Beklagte ist somit für die Dauer des Scheidungsverfahrens zu verpflichten, der Klägerin persönlich ab Januar 2016 monatlich Fr. 470.– zu bezahlen.

IV.

(Unentgeltliche Rechtspflege / Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1. Unentgeltliche Rechtspflege

Sowohl der Beklagte als auch die Klägerin stellen im Berufungsverfahren einen prozessualen Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 2 S. 2 und act. 9 S. 2). Beide Parteien haben ihre Mittellosigkeit im Sinne von Art. 117

lit. a ZPO rechtsgenügend dargetan (act. 2 S. 9; act. 9 S. 12). Von Aussichtslosigkeit ist auf keiner Seite auszugehen: Die Klägerin kann sich zur Bestätigung für ihren Standpunkt auf die Vorinstanz berufen, während der Beklagte mit seinem Rechtsmittel teilweise obsiegt. Damit sind beide Anträge gutzuheissen und die jeweiligen Rechtsvertreter als unentgeltliche Rechtsbeistände zu bestellen.

2. Kosten- und Entschädigungsfolgen

2.1. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens ist nicht erst mit dem erstinstanzlichen Endentscheid in der Hauptsache (vgl. Art. 104 Abs. 1 ZPO), sondern bereits an dieser Stelle zu befinden.

2.2. Grundlage der Gebührenfestsetzung im Zivilprozess bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Geht man davon aus, dass die vorinstanzliche Regelung der Unterhaltsbeiträge ab 1. Januar 2016 für rund zwei Jahre Geltung beanspruchen wird, so sprach die Vorinstanz (unter Berücksichtigung der Unterhaltsbeiträge für die Monate Oktober 2015 bis Dezember 2015) der Klägerin Unterhaltsleistungen von gesamthaft Fr. 18'030.– zu (3 Monate x Fr. 470.– + 21 Monate x Fr. 680.– + Fr. 1'460.– + Fr. 440.– + Fr. 440.–). Der Beklagte beantragt die Herabsetzung des Unterhalts für die Monate Oktober 2015 bis Dezember 2015 im Umfang von insgesamt Fr. 480.– ([Fr. 1'460.– ./ Fr. 1'260.–] + [Fr. 440 ./ Fr. 300.–] + [Fr. 440 ./ Fr. 300.–]) sowie ab Januar 2016 um Fr. 8'010.– ([3 x Fr. 470.– + 21 x 680.–] ./ [24 x Fr. 320.–]). Im Ergebnis verlangt der Beklagte eine Reduktion von insgesamt Fr. 8'490.– (Fr. 480.– + Fr. 8'010.–). Der Streitwert beläuft sich damit auf Fr. 8'490.– (Fr. 8'010.– + Fr. 480.–). Ausgehend davon erscheint in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 3 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 900.– angemessen.

Die Kosten werden in der Regel nach Obsiegen und Unterliegen verteilt (Art. 106 ZPO). Der Beklagte beantragt eine Reduktion der von der Vorinstanz festgesetzten Unterhaltsbeiträge um Fr. 8'490.–. Von der Rechtsmittelinstanz werden der Klägerin insgesamt Fr. 13'620.– zugesprochen (Fr. 1'460.– + Fr. 440 + Fr. 440.– +

[24 Monate x Fr. 470.–)], was einer Reduktion von Fr. 4'410.– entspricht (Fr. 18'030.– ./ Fr. 13'620.–). Der Beklagte obsiegt damit in Bezug auf die Höhe der geschuldeten Unterhaltsbeiträge rund zur Hälfte. Er unterliegt indes in Bezug auf die Feststellung des Umfangs der bereits geleisteten Zahlungen vollumfänglich (vgl. E. III.3.1. oben). Die Unterhaltsfrage ist ungefähr mit 4/5 und die Feststellung der bereits geleisteten Zahlungen mit ungefähr 1/5 zu gewichten. Damit obsiegt der Beklagte zu rund 2/5. Folglich sind die Kosten des Berufungsverfahrens zu 3/5 dem Beklagten und zu 2/5 der Klägerin aufzuerlegen, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

2.3. Beide Parteien beantragen sodann eine Parteientschädigung. Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit den § 4 Abs. 1 und 3 sowie § 9 AnwGebV festzusetzen. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 8'490.– beträgt eine volle Parteientschädigung rund Fr. 2'055.–, welche gestützt auf die genannten Bestimmungen auf Fr. 750.– festzusetzen ist. Die Entschädigung ist jeweils den Vertretern der unentgeltlich prozessierenden Parteien direkt zuzusprechen (vgl. OGer ZH PF110018 vom 1. Juli 2011). Unter Berücksichtigung des teilweisen Obsiegens bzw. Unterliegens der Parteien ist der Beklagte zu verpflichten, der unentgeltlichen Rechtsbeistandin der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 450.– (zzgl. 8% MWSt.) zu bezahlen, und die Klägerin ist zu verpflichten, dem unentgeltlichen Rechtsbeistand des Beklagten eine solche von Fr. 300.– (zzgl. 8% MWSt.) zu bezahlen.

Es wird beschlossen

1. Dem Beklagten und Berufungskläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

2. Der Klägerin und Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin M^{rs} Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung des Bezirksgerichtes Hinwil vom 11. Dezember 2015 (FE150191) aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
" 5. Der Beklagte wird für die Dauer des Scheidungsverfahrens verpflichtet, der Klägerin persönlich rückwirkend ab 1. Oktober 2015 in folgendem Umfang nachehelichen Unterhalt zu bezahlen:
 - Fr. 1'460.– für den Monat Oktober 2015;
 - Fr. 440.– für die Monate November und Dezember 2015;
 - Fr. 470.– ab 1. Januar 2016."

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und die Verfügung des Bezirksgerichtes Hinwil vom 11. Dezember 2015 (FE150191) bestätigt.

2. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 900.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 3/5 dem Beklagten und Berufungskläger und zu 2/5 der Klägerin und Berufungsbeklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Der Beklagte und Berufungskläger wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsbeiständin der Klägerin und Berufungsbeklagten eine Parteientschä-

digung von Fr. 450.– zuzüglich Fr. 36.– für die Mehrwertsteuer (8 %), also total Fr. 486.–, zu bezahlen.

5. Die Klägerin und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsbeistand des Beklagten und Berufungsklägers eine Parteientschädigung von Fr. 300.– zuzüglich Fr. 24.– für die Mehrwertsteuer (8 %), also total Fr. 324.–, zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Hinwil und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 8'490.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: