

ZH_OBERGERICHT LY160003 vom 26. August 2016

ZH Obergericht, 2016-08-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY160003

FR: ZH_OBERGERICHT LY160003 du 26 août 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LY160003 del 26 agosto 2016

Erwägungen

E. 1

Die Parteien haben sich im Sommer 2004 im Heimatland der Beklagten kennengelernt. In der Folge sei die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) gemäss ihren Ausführungen immer wieder als Touristin in die Schweiz eingereist, um mit dem Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) Zeit verbringen zu können (vgl. Urk. 7/20 S. 5), bis die Parteien schliesslich am tt. März 2008 in D._____ geheiratet haben (vgl. Urk. 7/27; Urk. 7/36). Die Ehe blieb kinderlos. Die Parteien trennten sich im März 2011 (Urk. 2 E. 2.1; vgl. auch Urk. 7/37/11). Am 3. Juni 2011 unterzeichneten sie eine Trennungsvereinbarung, gemäss welcher die Parteien seit dem 17. März 2011 auf unbestimmte Zeit getrennt leben, der Kläger der Beklagten die "eheliche Wohnung" C._____ 33 in D._____ zur Benützung überlässt und die Beklagte, sobald sie eine Anstellung findet, die Miete und den Lebensunterhalt für sich und die ausserhehliche Tochter E._____ (nachfolgend [Stief-]Tochter) übernimmt (Urk. 7/37/11 = Urk. 10/3). Nachdem der Kläger mit Eingabe vom 23. Januar 2015 die Scheidungsklage eingereicht hat (Urk. 7/1), stehen sich die Parteien vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren gegenüber. Die Beklagte reichte am 30. Januar 2015 zudem ein Eheschutzbegehren ein, auf welches unter der Geschäfts-Nr. EE150012-I nicht eingetreten wurde. Die entsprechenden Eheschutzakten wurden im Scheidungs-

- 5 - verfahren beigezogen (Urk. 7/4/1-8). Mit Eingabe vom 6. Februar 2015 zeigte Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ an, die Beklagte im Scheidungsverfahren zu vertreten, und erklärte, dass das Eheschutzbegehren vom 30. Januar 2015 (Urk. 7/4/1) samt den darin gestellten und eingangs erwähnten Anträgen als vorsorgliche Massnahmenbegehren im vorliegenden Verfahren zu behandeln seien (Urk. 7/5). Am 9. November 2015 fand eine Einigungsverhandlung sowie die Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen statt, zu welcher der Kläger, nachdem das Gesuch seines zwischenzeitlich mandatierten Rechtsanwalts um Verschiebung der Verhandlung (Urk. 7/47) abgewiesen worden war (Urk. 7/49), ohne Vertretung erschien. Die Beklagte wurde von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ begleitet (vgl. Prot. I S. 20 ff.). Nachdem anlässlich der Verhandlung weder im Hauptverfahren noch bezüglich der vorsorglichen Massnahmen eine Einigung erzielt werden konnte, fällte die Vorinstanz gleichentags den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 2).

E. 1.1

Die Vorinstanz hat die Unterhaltspflicht des Klägers in drei Phasen aufgeteilt. Die Phase 1 beginnt am 1. Januar 2015 mit der Anhängigmachung des Scheidungsverfahrens und endet aufgrund der Volljährigkeit der (Stief-)Tochter Ende September 2015. Die anschliessende Phase 2 schliesst mit der Räumung der Wohnung C._____ 33 durch den Kläger am 31. Januar 2016, da damit auch die Bezahlung des entsprechenden Mietzinses durch den Kläger

ende. Die Phase 3 startet am 1. Februar 2016 (vgl. Urk. 2 E. 4.1.4). Die Vorinstanz verpflichtete den Kläger, rückwirkend ab 1. Januar 2015 die folgenden Unterhaltsbeiträge zu bezahlen: Phase 1: ab 1. Januar 2015 bis 30. September 2015: Fr. 850.– Phase 2: ab 1. Oktober 2015 bis 31. Januar 2016: Fr. 250.– Phase 3: ab 1. Februar 2016: Fr. 1'200.–

- 19 - Zudem wurde der Kläger verpflichtet, ab 1. Januar 2015 bis und mit 31. Januar 2016 den monatlichen Mietzins für die Wohnung C._____ von Fr. 1'448.– zu bezahlen.

E. 1.2

Der Kläger wehrt sich im Rahmen seiner Berufung gegen diese Unterhaltsverpflichtung. Er kritisiert die der Unterhaltsberechnung zugrunde gelegten Einkommen der Parteien sowie die Folgerung der Vorinstanz, wonach es ihm zumutbar sei, sein Vermögen für Unterhaltszahlungen anzuzehren (Urk. 1 Ziff. 8 ff.). Ungerügt blieben die von der Vorinstanz angerechneten Bedarfe der Parteien (Urk. 2 E. 4.4). 2. Einkommen des Klägers

E. 2

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden die Zuteilung der Wohnung C._____ 33 in ... D._____ (nachfolgend "Wohnung C._____ 33") sowie die Verpflichtung des Klägers, sein Mobiliar und Inventar und seine persönlichen Gegenstände aus der von der Beklagten bewohnten Wohnung mitzunehmen (Urk. 2, Dispositivziffern 1 und 4), die Ehegattenunterhaltsbeiträge (Urk. 2, Dispositivziffern 2 und 3), sowie die Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses (Dispositivziffer 6). Die Dispositivziffern 5 und 7 blieben unangefochten und sind in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

E. 2.1

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 8 und 12 Abs. 1 und 2 GebV auf Fr. 4'000.– festzusetzen.

E. 2.2

Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

E. 2.3

Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren im Wesentlichen die Zuteilung der Wohnung C._____ 33, die Ehegattenunterhaltsbeiträge sowie die Verpflichtung des Klägers zur Leistung von Prozesskostenvorschüssen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren. Der Unterhaltsstreit ist mit 60% zu gewichten, die Zuteilung der Wohnung mit 30% und die beiden Prozesskostenvorschüsse zusammen mit 10%.

E. 2.4

Der Kläger obsiegt hinsichtlich der – bloss teilweisen – Zuteilung der Wohnung C._____ 33. Im Zusammenhang mit den Ehegattenunterhaltsbeiträgen bleibt es bis Ende Januar 2016 praktisch beim vorinstanzlichen Entscheid. Ab Februar 2016 hätte der Kläger gemäss Vorinstanz einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'200.– bezahlen müssen, ausgehend von einer Geltungsdauer der vorsorglichen Massnahmen bis Ende 2017 (vgl. vorstehend E. III/C.5.2 S. 33) damit Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 13'200.–. Nach erfolgter Korrektur des vorinstanzlichen Entscheids muss er für diesen Zeitraum nunmehr gesamthaft Fr. 2'750.– bezahlen. Insgesamt entspricht dies einem hälftigen Obsiegen und

- 39 - Unterliegen. Bezüglich der Wohnkosten obsiegt er insoweit, als Dispositivziffer 3 des vorinstanzlichen Entscheids aufgehoben wird. Da seine Verpflichtung zur Zahlung der Mietzinsen gegenüber der Vermieterschaft fort dauert, rechtfertigt es sich, ebenfalls von einem hälftigen Obsiegen und Unterliegen auszugehen. In Bezug auf die Prozesskostenvorschüsse unterliegt die Beklagte vollumfänglich. Insgesamt obsiegt der Kläger unter Berücksichtigung der vorstehend in E. IV/2.3 genannten Gewichtung somit zu rund 70%. Damit rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens dem Kläger zu 30% und der Beklagten zu 70% aufzulegen.

E. 2.5

Als Folge der Kostenverteilung hat die Beklagte den anwaltlich vertretenen Kläger im Umfang von zwei Fünfteln für dessen Aufwendungen im Berufungsverfahren zu entschädigen. In Anwendung der massgeblichen Bestimmungen (§ 6 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 AnwGebV, § 9 AnwGebV, § 11 AnwGebV, § 13 AnwGebV) ist die volle Parteientschädigung auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Zusätzlich zur Parteientschädigung ist ein Mehrwertsteuerzusatz von 8%, ausmachend Fr. 96.–, geschuldet. Die auf zwei Fünftel reduzierte Parteientschädigung zugunsten des Klägers beträgt somit Fr. 1'296.– (inkl. Mehrwertsteuer).

E. 3

Die Beklagte beantragte vor Vorinstanz, ihr sei die (gesamte; vgl. Prot. I S. 23) Wohnung C._____ 33 zuzuteilen und es sei der Kläger zu verpflichten, sein Mobiliar und Inventar bis spätestens 15. Dezember 2015 abzuholen (Prot. I S. 21; Urk. 7/20). Bisher bewohnte die Beklagte lediglich einen Teil der Wohnung C._____ 33, da zwei Zimmer mit Gegenständen des Klägers gefüllt und abgeschlossen sind. Weiter beantragte die Beklagte, der Kläger sei zu verpflichten, ihr ab 1. Januar 2015 und für die Dauer des Getrenntlebens angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, mindestens Fr. 3'000.– pro Monat. Der Kläger schloss auf Abweisung beider Anträge. Es besteht damit Uneinigkeit zwischen den Parteien, weshalb die Trennvereinbarung vom 3. Juni 2011 der Anordnung vororglicher Massnahmen nicht entgegensteht.

- 9 - B. Zuteilung der Wohnung C._____ 33 1. Die Vorinstanz erwog zur Zuteilung der ehelichen Wohnung, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts könne auch die Zweitwohnung und sogar die regelmässig benützte Ferienwohnung eheliche Wohnung im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB sein. Gemäss der Teilvereinbarung vom 3. Juni 2011 (Urk. 7/37/11), welche der Kläger selbst erstellt habe, handle es sich bei der Wohnung C._____ 33 um die eheliche Wohnung. Seine Behauptung, wonach es sich bei der Formulierung um einen Verschrieb handeln solle, sei wenig glaubhaft. Es sei entsprechend davon auszugehen, dass die genannte Wohnung die eheliche Wohnung der Parteien darstelle. Weiter könne aus den Ausführungen der Parteien geschlossen werden, dass die Wohnung zumindest vom Kläger früher regelmässig bewohnt worden sei. Die Beklagte bewohne die Wohnung mit der sich in Ausbildung befindlichen (Stief-)Tochter seit vier Jahren. Zudem sei unbestritten geblieben, dass die Beklagte aufgrund ihres geringen Lohnes und ihrer psychischen Verfassung nicht in der Lage sei, eine andere Wohnung zu suchen und zu finden. Es bestehe daher ein aktuelles praktisches Rechtsschutzinteresse der Beklagten an einer Wohnungszuteilung. Eine Gesamtbeurteilung der Interessenlage führe entsprechend zum Schluss, dass die Beklagte ein grösseres Interesse an der Wohnung habe und diese ihr besser diene als dem Kläger. Folglich sei der Kläger zu verpflichten, der

Beklagten die von ihr bewohnte Wohnung C._____ 33 für die weitere Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung zu überlassen (Urk. 2 E. 3.6 f.). Weiter müsse die Beklagte die ihr zugeteilte Wohnung so nutzen können, wie ihr dies beliebe. Solange die gesamte Wohnung mit Hausrat des Klägers eingerichtet sei und die Beklagte die Wohnung aufgrund der in zwei abgeschlossenen Zimmern lagernden Gegenstände nicht in vollem Umfang nutzen könne, sei dies nicht möglich. Entsprechend sei der Kläger zu verpflichten, sein Mobiliar und Inventar sowie seine persönlichen Gegenstände bis spätestens 31. Januar 2016 aus der von der Beklagten bewohnten Wohnung C._____ 33 abzuholen (Urk. 2 E. 3.9).

E. 3.1

Die Beklagte beantragt auch für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss. Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, bzw. bei Abschluss des Verfahrens eines Prozesskostenbeitrages, setzt einerseits Bedürftigkeit der ansprechenden und andererseits Leistungsfähigkeit der angesprochenen Partei voraus (vgl. OGer ZH LE130025 vom 19.08.2013, E. II/C.4.4).

E. 3.2

Wie vorstehend erörtert, ist der Kläger zur Zeit nicht leistungsfähig. Damit mangelt es an einer Voraussetzung für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, weshalb dieses Begehren abzuweisen ist.

E. 3.3

Die Beklagte wendet ein, seit vielen Jahren psychisch angeschlagen zu sein und sich bereits mindestens sieben Mal stationär in der psychiatrischen Klinik aufgehalten zu haben (mit Verweis auf Urk. 19/1). Seither sei sie immer wieder – zum Teil sogar voll – arbeitsunfähig gewesen. Sie sei keinesfalls in der Lage, mehr als das gemäss Arbeitsvertrag vereinbarte Pensum von 50% zu leisten. Aufgrund der vielen krankheitsbedingten Abwesenheiten sei auch nicht klar, dass

- 22 - die bisherige Arbeitgeberin sie zu einem höheren Beschäftigungsgrad als bis anhin anstellen würde, wobei zudem mit Nichtwissen bestritten werden müsse, dass bei der Arbeitgeberin überhaupt Aufstockungspotential bestehe. Auch an einem anderen Ort würde sie aufgrund ihrer mangelnden fachlichen Qualifikationen, als Ausländerin mit massiven gesundheitlichen Problemen und letztlich wegen ihres (fortgeschrittenen) Alters keine für sie geeignete Arbeit finden. Im Gegenteil sei ihr zugutezuhalten, dass sie trotz ihrer schlechten (gesundheitlichen) Verfassung bisher arbeitstätig gewesen sei und, wenn auch wegen ihrer ernsthaften Schwierigkeiten nur mithilfe ihres Beistands und dank ihres guten Willens, ihr bisheriges Arbeitspensum von 50% einigermaßen und mit grossen Unterbrüchen habe aufrechterhalten können (Urk. 17 Ziff. 8). Das IV-Verfahren sei noch pendent. Das Ergebnis der IV-Abklärung stehe noch aus und es bleibe abzuwarten, ob und in welchem Umfang sie rentenberechtigt sei (Urk. 17 Ziff. 5).

E. 3.4

Die allfällige Berechtigung der Beklagten zum Bezug einer IV-Rente war bereits vor Vorinstanz Thema (vgl. Prot. I S. 36). Das entsprechende Verfahren ist noch pendent (Urk. 17 Ziff. 5 S. 10; Urk. 31/8). Sollte die Beklagte inskünftig eine solche Rente erhalten, wäre dies allenfalls in einem Abänderungsverfahren geltend zu machen. Zum Erwerbseinkommen der Beklagten machte der Kläger bereits vor Vorinstanz geltend, dass

die Beklagte ihre Leistungsfähigkeit nicht vollständig ausschöpfe (vgl. Prot. I S. 37). Zuzustimmen ist der Vorinstanz, wenn sie festhält, dass die Pflicht zur Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit in einem Eheschutzverfahren nur zu bejahen ist, wenn keine Möglichkeit besteht, auf eine während des gemeinsamen Haushalts gegebene Sparquote oder vorübergehend auf Vermögen zurückzugreifen, und damit sämtliche vorhandenen finanziellen Mittel trotz zumutbarer Einschränkungen für zwei getrennte Haushalte nicht ausreichen (Urk. 2 E. 4.2.1.b). Zutreffend ist auch, dass das Bundesgericht in BGE 130 III 537 festhielt, die Frage, ob und in welchem Umfang einem Ehegatten zugemutet werden darf, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder auszudehnen, im Rahmen vorsorglicher Massnahmen in einem Scheidungsverfahren grundsätzlich nach den gleichen Kriterien zu prüfen ist, wie in einem Eheschutzverfahren (BGE 130 III

- 23 - 537 E. 3.2 Abs. 1). Ergänzend ist aber festzuhalten, dass das Bundesgericht auch darauf hinwies, dass im Scheidungsverfahren zusätzlich zu beachten ist, dass die vorsorglichen Massnahmen einen anderen Zweck verfolgen als die Eheschutzmassnahmen. Nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsprozesses, so das Bundesgericht, werde eine Rückkehr zur gemeinsam vereinbarten Aufgabenteilung weder angestrebt noch sei sie wahrscheinlich. Insoweit dürfe dem Ziel der wirtschaftlichen Selbstständigkeit des bisher nicht oder bloss in beschränktem Umfang erwerbstätigen Ehegatten bereits eine gewisse Bedeutung zugemessen werden und in stärkerem Ausmass als im Eheschutzverfahren auf die bundesgerichtlichen Richtlinien zum Scheidungsunterhalt abgestellt werden (BGE 130 III 537 E. 3.2 Abs. 3). Die Frage, ob in einem Falle wie dem vorliegenden, bei welchem im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen in einem Scheidungsverfahren zur Deckung des Lebensunterhalts der Parteien auf Eigengut des Unterhaltspflichtigen gegriffen werden muss, die Pflicht zur Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit vor der soeben dargestellten Rechtsprechung ohne Weiteres verneint werden kann (so die Vorinstanz, vgl. Urk. 2 E. 4.2.1.b; vgl. auch die diesbezügliche klägerische Rüge in Urk. 1 Ziff. 9 f.), muss vorliegend nicht geprüft werden, da eine zusätzliche Voraussetzung der Verpflichtung zur Aufnahme bzw. Ausdehnung der eigenen Erwerbstätigkeit stets ist, dass diese zumutbar und möglich ist (vgl. zu den Voraussetzungen zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens statt vieler BGE 128 III 4 E. 4.a). Die sich in den Akten befindlichen Arztzeugnisse ergeben betreffend Arbeitsfähigkeit der Beklagten das folgende Bild (der Austrittsbericht der Clenia [Urk. 19/1 S. 1-4] kann nicht beachtet werden, da dieser bereits vor Vorinstanz hätte eingereicht werden können und die Beklagte nicht erklärt, weshalb er dennoch erst im Berufungsverfahren ins Recht gelegt wurde; vgl. vorstehend E. II/4): 2011: Vor Bezug der Wohnung C._____ 33 im Juni 2011 hielt sich die Beklagte im Schlössli auf (Prot. I S. 24) 2015: vom 25.02. – 22.03.2015: Aufenthalt im Schlössli, 100%ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 7/12/1 und 7/15/1)

- 24 - vom 12.05. – 18.05.2015: 90%ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 7/55/8) vom 19.05. – 01.06.2015: 70%ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 7/55/8) vom 02.06. – 30.06.2015: 80%ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 7/55/8) vom 30.06. für 5 Wochen: 80%ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 7/55/8) vom 28.09. für 5 Wochen: 50%ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 7/55/8) vom 28.10. für 4 Wochen: 50%ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 7/55/8) 2016: vom 07.01. bis 01.02.: 100%ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 19/1) vom 17.02. bis 23.03.: 50%ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 19/1) vom 08.05. bis 17.05.: 100%ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 31/9) Unter Berücksichtigung dieser unbestritten gebliebenen Krankheitsgeschichte und den wiederum

unbestritten gebliebenen Ausführungen der Beklagten zu ihrem Gesundheitszustand (Prot. I S. 21) kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin ihr Pensum zur Zeit steigern kann. Damit ist mit der Vorinstanz von einem monatlichen Einkommen der Beklagten in der Phase 1 von insgesamt Fr. 1'700.– und in den Phasen 2 und 3 von Fr. 1'450.– auszugehen.

E. 4

Vermögen des Klägers

E. 4.1

Die Beklagte ersucht eventualiter darum, es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen (Urk. 17 S. 2).

- 40 -

E. 4.2

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbehagen nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

E. 4.3

Die Klägerin führt zu ihrem Gesuch aus, sie sei nicht in der Lage, mit ihrem Einkommen ihr Existenzminimum zu bestreiten, geschweige denn, nebst der Bestreitung ihres Lebensunterhalts auch noch Anwalts- und Gerichtskosten zu bezahlen (Urk. 17 Ziff. 9 unter Hinweis auf Urk. 7/2 S. 11 und 29). Zudem sei sie auf die anwaltliche Unterstützung angewiesen, zumal sie als Ausländerin mit der hiesigen Rechtsordnung nicht vertraut sei, nur schlecht Deutsch spreche und kaum schreibe und der Kläger ebenso anwaltlich vertreten sei (Urk. 17 Ziff. 9).

E. 4.4

Die Beklagte weist im Zeitpunkt der Einreichung des vorliegenden Gesuchs ein Manko von monatlich Fr. 860.– bzw. zur Zeit von monatlich Fr. 260.– auf (vgl. vorstehend E. III/C.5.2 S. 33). Zwar führt der Kläger in seiner Stellungnahme zum Antrag der Beklagten um Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren aus, er gehe davon aus, dass die Beklagte gewisse Ersparnisse habe (Urk. 22 S. 2), unter Berücksichtigung der eingereichten Unterlagen erscheint die Mittellosigkeit der Beklagten jedoch belegt (vgl. Urk. 28/1/2, 28/2; Urk. 31/7-8). Ihre Anträge können zudem nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Damit sind die Voraussetzungen für die Befreiung von Gerichtskosten nach Art. 117 ZPO erfüllt. Ferner kann nicht gesagt werden, dass die Beklagte nicht auf einen rechtlichen Beistand angewiesen gewesen wäre (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Demnach ist der Beklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege antragsgemäss zu bewilligen. Sodann ist ihr Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

- 41 - Es wird beschlossen:

E. 5

Unterhaltsberechnung

E. 5.1

Der Unterhaltsberechnung liegen in der Folge nur noch zwei Phasen zu- grunde. Die Phase I entspricht der vorinstanzlichen Phase 1. Die Phase II startet wie die vorinstanzliche Phase 2 ab der Volljährigkeit der Tochter bzw. dem darauf folgenden Monat mm. 2015 und gilt für das weitere Scheidungsverfahren. Ab 1. Juli 2017 ist es dem Kläger aufgrund des dannzumal vorliegenden liquiden Vermögens möglich, den Unterhalt der Parteien durch Vermögensverzehr zu de- cken. Die Gesamteinkommenssituation der Parteien stellt sich neu wie folgt dar:

- 32 - Phase I Phasen II (01.01.2015 - (ab 01.mm.2015) 30.mm.2015) Einkommen Beklagte Fr. 1'700.- Fr. 1'450.- Einkommen Kläger Fr. 3'200.- Fr. 3'200.- Total Fr. 4'900.- Fr. 4'650.-

E. 5.2

Wie bereits erwähnt (vgl. vorstehend E. III/C.1.2) wurde der Bedarf der Par- teien im Berufungsverfahren nicht zum Thema gemacht. Entgegen dem vorin- stanzlichen Entscheid wird der Antrag der Beklagten um Zuteilung der gesamten Wohnung C.____ 33 abgewiesen. Die Vorinstanz rechnete der Beklagten ab dem 1. Februar 2016, das heisst ab dem von ihr erkannten Räumungsdatum der Wohnung C.____ 33 durch den Kläger, den Mietzins der Wohnung C.____ 33 an. Der Mietvertrag für die Wohnung C.____ 33 lautet auf den Kläger. Er ist ge- genüber der Vermieterschaft zur Leistung der Mietzinse verpflichtet. Vor diesem Hintergrund und da unbestritten blieb, dass er den Mietzins jeweils bezahlt (vgl. die Ausführungen der Beklagten in Urk. 17 S. 11 sowie Urk. 2 E. 4.5.6 und Dispo- sitivziffer 3 Abs. 2), und er zwei der vier Zimmer weiterhin benützen kann, recht- fertigt es sich, den Mietzins für die Wohnung C.____ 33 während der gesamten Dauer des Scheidungsverfahrens beim Kläger anzurechnen. Dadurch werden die Wohnkosten der Beklagten weiterhin durch den Kläger gedeckt. Es entfällt die vo- rininstanzliche Phase 3. Im Übrigen bleibt es bei dem von der Vorinstanz festge- stellten Bedarf der Parteien. Die Bedarfssituation der Parteien stellt sich damit wie folgt dar: Phase I Phase II (01.01.2015 - (ab 01.mm.2015) 30.mm.2015) Bedarf Beklagte (gerundet) Fr. 2'560.- Fr. 1'710.- Bedarf Kläger (gerundet) Fr. 3'810.- Fr. 3'810.- Total Fr. 6'370.- Fr. 5'520.-

- 33 - Werden die Gesamteinkommen dem Bedarf der Parteien gegenübergestellt, zeigt sich, dass während beider Phasen ein Mankofall vorliegt: Phase I Phase II (01.01.2015 - (ab 30.mm.2015) 01.mm.2015) Gesamteinkommen Fr. 4'900.- Fr. 4'650.- (gerundet) Gesamtbedarf (gerundet) Fr. 6'370.- Fr. 5'520.- Total Fr. - 1'470.- Fr. - 870.- Das Manko der Beklagten hat bereits die Vorinstanz zutreffend festgestellt. Die- ses beträgt: Phase I Phase II (01.01.2015 - (ab 01.mm.2015) 30.mm.2015) Bedarf Beklagte (gerundet) Fr. 2'560.- Fr. 1'710.- Einkommen Beklagte Fr. 1'700.- Fr. 1'450.- (gerundet) Total Fr. - 860.- Fr. - 260.- Auf Seiten des Klägers präsentiert sich die Situation wie folgt: Phase I Phase II (01.01.2015 - (ab 01.mm.2015) 30.mm.2015) Bedarf Kläger (gerundet) Fr. 3'810.- Fr. 3'810.- Einkommen Kläger Fr. 3'200.- Fr. 3'200.- (gerundet) Total Fr. - 610.- Fr. - 610.- Ab dem 1. Juli 2017 verfügt der Kläger über liquides Vermögen. In der Phase II fehlen den Parteien monatlich Fr. 870.-. Es ist davon auszugehen, dass das vor- liegende Scheidungsverfahren spätestens Ende 2017 abgeschlossen werden kann. Dies ergibt ein durch den Kläger zu deckendes Manko vom 1. Juli 2017 bis 31. Dezember 2017 von Fr. 5'220.- (6 Monate zu Fr. 870.-). Diesen Betrag kann der Kläger ohne Weiteres aus seinem

Vermögen decken. Auch vor dem 1. Juli 2017 (das heisst in der Phase I und teilweise in der Phase II) besteht auf Seiten

- 34 - des Klägers eine Unterdeckung, namentlich eine solche von Fr. 610.–. Zudem verfügt er in dieser Zeit über kein liquides Vermögen. Vor diesem Hintergrund wäre eine Unterhaltspflicht des Klägers vor dem 1. Juli 2017 zu verneinen. Allerdings ist zu prüfen, ob es dem Kläger zumutbar ist, der Beklagten am 1. Juli 2017 rückwirkend für die Zeitspanne 1. Januar 2015 bis 30. Juni 2017 eine Kapitalleistung an den Unterhalt zu bezahlen. In der Phase I müsste er für beide Ehegatten ein Manko von Fr. 1'470.– decken, das heisst insgesamt Fr. 13'230.– (9 Monate zu Fr. 1'470.–), in der Phase II bis zum 30. Juni 2017 ein solches von Fr. 18'270.– (21 Monate zu Fr. 870.–). Bis zum 30. Juni 2017 käme damit ein Betrag von insgesamt rund Fr. 31'500.– zusammen. Dieser Betrag entspricht lediglich 1.7% des Reinvermögens von Fr. 1'807'087.– (vgl. vorstehend E. III/C.4.4.1). Der jährlich aufzuwendende Betrag in der Phase II beträgt sodann weit weniger als einen Zehntel des den Freibetrag von Fr. 60'000.– übersteigenden Reinvermögens (vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG sowie vorstehend E. III/C.4.3). Dieser Vermögensverzehr erscheint unter Berücksichtigung der Gesamtumstände damit ohne Weiteres als zumutbar. Wie bereits ausgeführt, liegt es selbstredend im Ermessen des Klägers, auszuwählen, welche der vorstehend erwähnten Vermögenswerte er tatsächlich verkauft. So bleibt es ihm unbenommen, die Liegenschaft als Ganzes zu schützen und nur den Teil "Acker, Wiese, Weide" (oder einen Teil desselben; vgl. Grundbuchauszug [Urk. 7/37/4]) zu verkaufen. Auch in Frage käme zunächst die Verwertung der Gegenstände, der Bibliothek sowie des Ferienhauses (diesfalls wäre ihm eine Rückzahlung seiner Schulden jedoch nicht bzw. nicht vollständig möglich).

E. 5.3

Damit bleibt es bei der Höhe der von der Vorinstanz für ihre Phasen 1 und 2 festgesetzten Unterhaltsbeiträge von Fr. 850.– bzw. Fr. 250.– (Urk. 2 E. 4.5.5). Da die Mietkosten der Wohnung C._____ 33 während der ganzen Dauer dem klägerischen Bedarf angerechnet werden, resultieren im Vergleich zum vorinstanzlichen Entscheid – wie bereits dargestellt – neu nur zwei Phasen. Der Kläger ist folglich zu verpflichten, der Beklagten ab 1. Juli 2017 für die Dauer des Scheidungsverfahrens an die Kosten ihres Unterhalts monatliche Beiträge von Fr. 250.– zu bezahlen. Weiter ist er zu verpflichten, der Beklagten am 1. Juli 2017

- 35 - rückwirkend für die bis zum 30. Juni 2017 aufgrund seiner mangelnden Liquidität aufgelaufenen Kosten ihres Unterhaltes im Zeitraum 1. Januar 2015 bis 30. Juni 2017 einen Kapitalbetrag von Fr. 12'900.– (Fr. 7'650.– [Phase I: $9 \times \text{Fr. } 850.–$] + Fr. 5'250.– [Phase II bis 30. Juni 2017: $21 \times \text{Fr. } 250.–$]) zu bezahlen. Sollte das Scheidungsverfahren vor dem 1. Juli 2017 abgeschlossen werden, reduziert sich die Kapitalsumme pro ganzem Monat um Fr. 250.–.

5.4.1 Die Vorinstanz verpflichtete den Kläger neben der Leistung der genannten Unterhaltsbeiträge zur Bezahlung der monatlichen Mietzinse für die Wohnung C._____ 33 im Betrag von Fr. 1'448.– während der Phasen 1 und 2 (Urk. 2, Dispositivziffer 3). Zur Begründung führte sie aus, der Kläger habe unbestrittenermassen seit 1. Januar 2015 bis und mit 31. Oktober 2015 den Mietzins bezahlt (mit Verweis auf Prot. I S. 22, 24 f., 29 f. und 33 f.). Es erscheine entsprechend angemessen, dass der Kläger den Mietzins vom 1. Januar 2015 bis zur Räumung der Wohnung C._____ 33 bezahle (Urk. 2 E. 4.4.5).

5.4.2 Der Kläger beantragt die Aufhebung dieser Verpflichtung (Urk. 1 S. 2) und erklärt, er könne mit seinem laufenden Einkommen von Fr. 3'200.– kaum seine eigenen Lebenshaltungskosten

decken, weshalb er nicht in der Lage sei, Unterhaltspflichten gegenüber der Beklagten zu erfüllen. Ebenso sei er nicht in der Lage, zusätzlich irgendwelche Mietkosten für die Beklagte zu übernehmen (Urk. 1 Ziff. 12). Durch wen die Mietkosten zu decken sind, wenn die Parteien wie bisher zusammen die Wohnung C._____ 33 nutzen, erklärte der Kläger im Berufungsverfahren nicht. Vor Vorinstanz machte er geltend, er habe die Wohnung der Beklagten untervermietet. Es sei abgemacht worden, dass er die Miete von Fr. 1'500.– an den Vermieter bezahle und er die Wohnung möbliert für Fr. 1'000.– an die Beklagte vermiete (Prot. I S. 24). 5.4.3 Der Kläger ist alleiniger Mieter der Wohnung C._____ 33 (vgl. Urk. 7/37/2). Als solcher ist und war er gegenüber der Vermieterschaft zur Bezahlung des Mietzinses verpflichtet. Damit besteht jedoch kein Rechtsschutzinteresse der Beklagten am Festhalten dieser Verpflichtung bzw. an der Vormerknahme der erfolgten Zahlungen durch den Kläger im Urteil. Folglich ist Dispositivziffer 3 des vorinstanzlichen Entscheids aufzuheben.

- 36 - D. Prozesskostenvorschuss 1. Die Vorinstanz verpflichtete den Kläger zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 9'000.– (Urk. 2, Dispositivziffer 6). Sie erwog, das Einkommen sowie das Vermögen der Beklagten reiche nicht aus, um ihr familienrechtliches Existenzminimum sowie jenes der (Stief-)Tochter zu decken, geschweige denn, um die Gerichtskosten oder eine anwaltliche Vertretung zu bezahlen. Die anwaltliche Vertretung sei zur Wahrung der Rechte notwendig, da auch der Kläger anwaltlich vertreten sei. Die Mittellosigkeit der Beklagten sei somit ausgewiesen. Da es sich um einen erstinstanzlichen familienrechtlichen Prozess handle, würden sich die Rechtsbegehren der Beklagten bzw. deren prozessuale Standpunkte nicht als aussichtslos erweisen. Die Beklagte habe damit grundsätzlich Anspruch auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Allerdings verfüge der Kläger über ein nicht unerhebliches Reinvermögen von Fr. 2'158'500.–, welches mit einem (Teil-)Verkauf der Liegenschaft, einer Erhöhung der Hypothek oder Versilberung der physikalischen Geräte liquidiert werden könnte. Dieses Vermögen übersteige einen angemessenen Notgroschen bei Weitem. Es sei daran zu erinnern, dass der Kläger durch Einreichung der Scheidungsklage den vorliegenden Prozess in Gang gesetzt habe. Für ihn sei vorhersehbar gewesen, dass diesbezüglich Kosten anfallen würden. Der Kläger sei daher zu verpflichten, der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 9'000.– zu bezahlen, zahlbar innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Massnahmeentscheids (Urk. 2 E. 5.7 f.). 2. Der Kläger macht geltend, dass es sich bei seinem Vermögen vollumfänglich um Eigengut handle. Ferner sei sein Vermögen nicht flüssig (Urk. 1 Ziff. 14 und Urk. 22 Ziff. 4). Es sei ihm nicht zuzumuten, sein Eigengut zu verkaufen, um Prozesskosten der Beklagten zu finanzieren, während diese nur einer Teilzeiterwerbstätigkeit nachgehe, obwohl sie voll arbeiten könnte (Urk. 1 Ziff. 14). 3. Für die rechtlichen Ausführungen kann vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 E. 5.1 bis 5.6). Die Vorinstanz erklärte dabei die Anrechnung fiktiver (bzw. hypothetischer) Einkommen

- 37 - und Vermögen für nicht zulässig (Urk. 2 E. 5.2). Dennoch verpflichtete sie den Kläger zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses unter Hinweis auf zu liquidierendes Vermögen, ohne dem Kläger eine angemessene Frist zu dessen Verkauf anzusetzen. Dies tat sie mit dem Hinweis, dass die Kosten für den Kläger vorhersehbar gewesen seien, da dieser die Scheidungsklage eingereicht habe. Dies kommt einer Anrechnung von hypothetischem Vermögen gleich. Unter Vorbehalt der Fälle von Rechtsmissbrauch ist eine Anrechnung von hypothetischem Vermögen jedoch unzulässig (ZK-Emmel, Art. 117

N 4; DIKE-Huber, Art. 117 N 24; BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 9; Maier, Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung in familienrechtlichen Prozessen im Spannungsfeld mit der Vor- schusspflicht von Ehegatten und Eltern, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO, in: FamPra 2014, S. 635, 644). Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten kann dem Kläger nicht angelastet werden. Insbesondere kann der vorliegende Fall nicht mit jener Konstellation ver- glichen werden, in welcher ein Kläger zur Deckung der von ihm selber zu tragen- den Verfahrenskosten um unentgeltliche Rechtspflege ersucht, obwohl er über ausreichend nicht liquides Vermögen verfügt, welches vor Einreichung der ent- sprechenden Klage hätte veräussert werden können (vgl. dazu OGer ZH PC120014 vom 29.03.2012, E. 2.3.3). Vorliegend geht es um die die Beklagte treffenden Verfahrenskosten. Dem Kläger wäre damit eine Frist anzusetzen ge- wesen, um die entsprechenden Vermögenswerte zu liquidieren. Wie bereits vor- stehend ausgeführt, wird dem Kläger eine Frist von zehn Monaten belassen, um die Liegenschaft in G. _____ bzw. einen Teil davon zu veräussern (vgl. vorstehend E. III/B.4.3). Bis zu jenem Moment ist er aufgrund seines geringen Einkommens nicht in der Lage, neben seinem Einkommen und seinen eigenen Prozesskosten auch noch jene der Beklagten zu übernehmen. Damit ist der Antrag der Beklag- ten, wonach der Kläger zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu ver- pflichten sei, abzuweisen. Nachdem die Vorinstanz die Mittellosigkeit der Beklag- ten feststellte, ihre Begehren nicht als aussichtslos erachtete und festhielt, dass eine Vertretung durch einen Rechtsbeistand notwendig sei, ist der Beklagten auf- grund des im vorinstanzlichen Verfahren gestellten Eventualgesuchs um unent- geltliche Rechtspflege (Urk. 7/20 S. 2) bis zum 30. Juni 2017, das heisst bis zum

- 38 - Ablauf der zehnmonatigen Verwertungsfrist, die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine unent- geltliche Rechtsvertreterin zu bestellen. Sollte das vorliegende Scheidungsverfah- ren über den 30. Juni 2017 hinaus andauern, läge es an der Beklagten, einen neuen entsprechenden Antrag zu stellen. IV. 1. Schliesslich ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungs- verfahrens zu befinden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.