

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY220017-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Häfeli

## Beschluss und Urteil vom 30. Mai 2022

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsklägerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungsbeklagter

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes in Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichtes Hinwil vom 4. März 2022; Proz. FE210206**

**Rechtsbegehren des Klägers und Berufungsbeklagten:**

(act. 6/1)

- "1. [...]
2. Als vorsorgliche Massnahme sei die Beklagte zu verpflichten, die Wohnung an der C.\_\_\_\_-strasse 1/2, D.\_\_\_\_, unverzüglich zu verlassen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl 7.7 % Mwst.) zu Lasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren der Beklagten und Berufungsklägerin:**

(act. 6/13)

- "1. Die eheliche Wohnung an der C.\_\_\_\_-strasse 2 in D.\_\_\_\_ mit-samt dem sich darin befindlichen Hausrat und Mobiliar sei vor-sorglich der Gesuchstellerin zur ausschliesslichen Benützung zu-zuteilen.
2. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin vor-sorglich monatlich vorschüssig Fr. 1'660.– an ihren Unterhalt zu bezahlen.
3. Unter Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Hauptverfahren."

**Verfügung des Bezirksgerichts vom 4. März 2022:**

(act. 6/20 = act. 4/1 = act. 5)

1. Die eheliche Wohnung an der C.\_\_\_\_-strasse 2 in D.\_\_\_\_ ZH wird für die Dauer des Scheidungsverfahrens dem Kläger zur alleinigen Benützung zu-gewiesen. Die Beklagte wird verpflichtet, die eheliche Wohnung bis zum 31. März 2022 zu verlassen.

Mobiliar und Hausrat bleiben in der ehelichen Wohnung und werden für die Dauer des Scheidungsverfahrens dem Kläger zur alleinigen Benützung zu-gewiesen. Die Beklagte ist jedoch berechtigt, ihre persönlichen Gegenstän-de mitzunehmen. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten die persönli-chen Gegenstände auf erstes Verlangen herauszugeben.

2. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten ab 1. April 2022 bis 31. Mai 2022 persönliche monatliche Unterhaltsbeiträge in Höhe von Fr. 1'041.– zu bezahlen:

Die Unterhaltsbeiträge sind an die Beklagte zahlbar und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

3. Dieser Vereinbarung liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:

Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, exkl. Familienzulagen:

- Kläger: Fr. 4'484.– (AHV-Rente und Pensionskassenleistung)
- Beklagte: Fr. 1'951.– bis 31. Mai 2022 (50%-Pensum)  
Fr. 3'902.– ab 1. Juni 2022 (100%-Pensum, hypothetisch)

Vermögen: nicht relevant

#### 4./5. Mitteilung/Rechtsmittel

#### **Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 2 S. 2):

- " 1. Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Hinwil vom 4. März 2022 im Geschäft Nr. FE210206 (S. 19) sei aufzuheben und stattdessen die eheliche Wohnung an der C.\_\_\_\_-strasse 2 in D.\_\_\_\_ für die Dauer des Scheidungsverfahrens der Berufungsklägerin zur alleinigen Benützung zuzuweisen. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, die eheliche Wohnung bis zum 30. Juni 2022 zu verlassen. Der Berufungsbeklagte sei zu berechtigen, das Mobiliar und seine persönlichen Gegenstände mitzunehmen; der Hausrat sei in der ehelichen Wohnung zu belassen
- Eventualiter sei der Berufungsklägerin eine angemessene Auszugsfrist bis zum 30. Juni 2022 anzusetzen.
2. Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Hinwil vom 4. März 2022 im Geschäft Nr. FE210206 (S. 19) sei aufzuheben und der Berufungsbeklagte stattdessen zu verpflichten, der Berufungsklägerin ab dem der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts folgenden Monat für die weitere Dauer des

Getrenntlebens monatlich im Voraus persönliche monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'396.50 zu bezahlen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen betreffend des Berufungsverfahrens zu Lasten des Berufungsbeklagten.
4. Der Berufungsklägerin ist auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

des Klägers und Berufungsbeklagten (act. 9 S. 2):

### **Anträge**

- " 1. Es sei auf die Berufung nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen.
  3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsklägerin."

### **Prozessuale Anträge**

- " 1. [...]
2. [...]
  3. Dem Berufungsbeklagten sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und mit der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bewilligen.
  4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsklägerin."

### **Erwägungen:**

1. Sachverhaltsübersicht und Prozessgeschichte
  - 1.1. Die Parteien sind seit dem tt.mm.2012 verheiratet und kinderlos (vgl. 6/2). Sie stehen sich in einem Verfahren betreffend Ehescheidung am Einzelgericht in Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichts Hinwil (nachfolgend: Vorinstanz) gegenüber.
  - 1.2. Mit Eingabe vom 29. November 2021 (act. 6/1) machte der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Berufungsbeklagter) bei der Vorinstanz eine Scheidungsklage mitsamt dem eingangs wiedergegebenen Massnahmebegehren anhängig. Gleichentags stellte er ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege

(act. 6/5). Die Vorinstanz lud auf den 2. Februar 2022 zur Hauptverhandlung vor (act. 6/9). Die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin) erstattete eine Eingabe vom 28. Januar 2022 (act. 6/13), in welcher sie Anträge in der Hauptsache und zudem die oben wiedergegebenen Massnahmebegehren stellte. Nach durchgeführter Hauptverhandlung – anlässlich derer sich die Parteien jeweils zweimal äussern konnten und persönliche Befragungen der Parteien erfolgten – entschied die Vorinstanz mit Verfügung vom 4. März 2022 (act. 6/20 = act. 4/1 = act. 5 [Aktenexemplar]) wie eingangs dargestellt über die Massnahmebegehren. Sodann bewilligte sie beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege mitsamt unentgeltlicher Rechtsverbeiständung.

1.3. Gegen diese Verfügung erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 31. März 2022 (act. 2) rechtzeitig Berufung mit den oben aufgeführten Anträgen (zur Rechtzeitigkeit: vgl. act. 6/21). Mit Verfügung vom 13. April 2022 (act. 7) wurde der Berufung einstweilen teilweise die aufschiebende Wirkung erteilt und dem Berufungsbeklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten und sich zum Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu äussern. Aufforderungsgemäss erstattete der Berufungsbeklagte eine Berufungsantwort und eine Stellungnahme vom 20. April 2022 (act. 9). Mit Beschluss vom 4. Mai 2022 (act. 10) wurde der Berufung die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–21). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## 2. Prozessuales

2.1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt oder es sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit handelt (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Bei Scheidungsverfahren handelt es sich grundsätzlich um nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten (OGer ZH, LY210010 vom 15. Juli 2021, E. 2.2). Eine Ausnahme besteht, sofern ausschliesslich Unterhaltsbeiträge Gegenstand eines Rechtsmittels bilden (vgl. BGer, 5A\_501/2018 vom 22. November 2018,

E. 1.1; BGer, 5A\_652/2009 vom 18. Januar 2010, E. 1.1; BGer, 5D\_41/2007 vom 27. November 2007, E. 2.3). Da vorliegend sowohl die Zuweisung der ehelichen Wohnung als auch (vorsorgliche) Unterhaltsbeiträge im Streit stehen, handelt es sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit, bei welcher kein Streitwerterfordernis besteht.

2.2. In diesem Zusammenhang erhebt der Berufungsbeklagte den Einwand, das Unterhaltsbegehren der Berufungsklägerin sei wegen fehlender finanzieller Mittel offensichtlich unberechtigt. Ein "echtes Rechtsschutzinteresse" der Berufungsklägerin fehle; diese bezwecke lediglich eine Zeitverzögerung. Es sei daher auf die Berufung nicht einzutreten (vgl. act. 9 Rz. 8). Der Berufungsbeklagte verkennt, dass sich das Rechtsschutzinteresse im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO bei einer positiven Leistungsklage regelmässig schon aus der Behauptung eines Leistungsanspruchs ergibt (vgl. statt vieler: KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 84 N 6). Erweist sich das Begehren um Zuspruch von (vorsorglichen) Unterhaltsbeiträgen als unbegründet, so führt dies zur Gesuchs- bzw. Berufungsabweisung und nicht zu einem Nichteintretensentscheid. Dem Nichteintretensantrag des Berufungsbeklagten zum Berufungsantrag Ziff. 2 ist nicht statt zu geben.

2.3. Voraussetzung für das Eintreten auf ein Rechtsmittel ist das Vorliegen einer Beschwer (vgl. BGE 127 III 429 E. 1b). Eine formelle Beschwer einer Partei liegt vor, wenn das Dispositiv des Entscheids von ihren Anträgen abweicht, während man von materieller Beschwer spricht, wenn den Anträgen einer Partei zwar entsprochen wurde, sie aber gleichwohl durch den angefochtenen Entscheid in ihrer Rechtsstellung beeinträchtigt bleibt (vgl. ZK ZPO-ZÜRCHER, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 59 N 14).

Die Berufungsklägerin verlangt gemäss ihrem Berufungsantrag Ziff. 2 ehelichen Unterhalt "ab dem der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts folgenden Monat" (vgl. act. 2 S. 2). Da sie den Auszug des Berufungsbeklagten aus der ehelichen Wohnung per 30. Juni 2022 begehrt (vgl. Berufungsantrag Ziff. 1, act. 2 S. 2), ist der Berufungsantrag nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass ihr (vorsorglicher) Unterhalt ab dem 1. Juli 2022 zugesprochen werden solle. Damit tritt sie im

Berufungsverfahren hinter die ihr von der Vorinstanz zugesprochenen Unterhaltsbeiträge zurück, fiel nämlich der ihr zuerkannte Unterhalt für die Monate April und Mai 2022 weg und bliebe es für den Monat Juni 2022 dabei, dass kein vorsorglicher Unterhalt geschuldet wäre. Für eine Abänderung des angefochtenen Entscheides zu ihren Ungunsten fehlt indessen sowohl die formelle als auch die materielle Beschwer, weswegen auf die Berufung insoweit nicht einzutreten ist.

2.4. Die Berufung ist gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO zu begründen. Die Berufung führende Partei hat sich mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids einlässlich auseinanderzusetzen und im Einzelnen darzulegen, an welchen konkreten Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet und in welchem Sinne er abgeändert werden soll. Es sind die vorinstanzlichen Erwägungen zu bezeichnen, die angefochten werden, und die Aktenstücke zu nennen, auf denen die Kritik beruht. Es genügt nicht, bloss auf die vor erster Instanz vorgetragenen Ausführungen zu verweisen, diese in der Berufungsschrift (praktisch) wortgleich wiederzugeben oder den angefochtenen Entscheid bloss in allgemeiner Weise zu kritisieren. Was nicht in genügender Weise beanstandet wird, hat Bestand (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGer, 4A\_97/2014 vom 26. Juni 2014, E. 3.3; BGer, 5A\_209/2014 vom 2. September 2014, E. 4.2.1). Dieses Begründungserfordernis gilt auch in Verfahren, für welche der (strenge) Untersuchungsgrundsatz gilt (BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGer, 4A\_651/2012 vom 7. Februar 2013, E. 4.3; BGer, 5A\_206/2016 vom 1. Juni 2016, E. 4.2.1).

Die vorliegende Berufungsschrift weist eine dem Begründungserfordernis genügende Begründung auf.

2.5. Die Berufungsinstanz verfügt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über volle Kognition, d.h. es kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhalts beanstandet werden (Art. 310 ZPO); soweit Ermessensausübung in Frage steht, kann auch Unangemessenheit gerügt werden (vgl. BGer, 5D\_113/2016 vom 26. September 2016, E. 4.2; OGer ZH, LY150026 vom 4. März 2016, E. II.3). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die

Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr aufwerfen; vielmehr hat sie sich grundsätzlich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der Berufungsbegründung bzw. in der Berufungsantwort erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGer, 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Innerhalb des so definierten Prüfprogramms ist die Berufungsinstanz weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden; sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen, weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen kann (BGer, 4A\_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1).

2.6. In ehelichen Belangen gilt wie im erstinstanzlichen Verfahren im Rechtsmittelverfahren die (eingeschränkte) Untersuchungsmaxime, d.h. das Gericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Die eingeschränkte Untersuchungsmaxime wird indes durch die von den Parteien begründet vorzutragenden Beanstandungen in ihrem sachlichen Umfang beschränkt (vgl. BGer, 5A\_141/2014 vom 28. April 2014, E. 3.4; BGer, 5D\_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.1). Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können. Dies gilt auch im Anwendungsbereich der eingeschränkten Untersuchungsmaxime; eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO, wonach vor erster Instanz bei Geltung der Untersuchungsmaxime Noven bis zum Beginn der Urteilsberatung voraussetzungslos zugelassen werden, fällt für das Berufungsverfahren grundsätzlich ausser Betracht (vgl. BGE 138 III 625 E. 2.2; BGE 142 III 413 E. 2.2.2).

In den Berufungsschriften beider Parteien findet sich eine Vielzahl von Tatsachenbehauptungen, welche sie der ersten Instanz noch nicht vorgetragen hatten (vgl. bloss act. 2 Ziff. 7.4 lit. a, Ziff. 8.1 lit. c; act. 9 Rz. 4, 6, 9, 14, 19, 22, 24 f., 32 f.). Wieso diese Noven im Berufungsverfahren nach Massgabe von Art. 317

Abs. 1 ZPO zulässig sein sollten, wird von keiner der Parteien konkret dargelegt, obschon sie eine diesbezügliche Darlegungslast trifft (zur dahingehenden Obliegenheit: BGer, 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; BGer, 5A\_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2). Die neuen Tatsachenbehauptungen haben daher im Folgenden unbeachtlich zu bleiben.

### 3. Würdigung der Beanstandungen der Berufungsklägerin

3.1. Die Berufungsklägerin beanstandet im Berufungsverfahren die Zuteilung der ehelichen Wohnung, das ihr angerechnete hypothetische Einkommen und eine Bedarfsposition (Kommunikation). Auf den vorinstanzlichen Entscheid braucht im Folgenden nur in Bezug auf diese Punkte eingegangen zu werden.

#### 3.2. *Zuweisung der ehelichen Wohnung*

3.2.1. Die Vorinstanz erwog bei ihrem Entscheid über die Zuweisung der ehelichen Wohnung an der C.\_\_\_\_-str. 2 in D.\_\_\_\_ ZH, der jetzige Arbeitsweg der Berufungsklägerin von zehn Minuten werde sich zukünftig ändern, da Letztere ihr Pensum bei ihrem gegenwärtigen Arbeitgeber nicht erhöhen könne, was ohnehin einen Umzug nach sich ziehen werde. Demgegenüber stünden beim Berufungsbeklagten keine grösseren Veränderungen mehr an. Dieser wolle seinen Lebensabend in der ehelichen Wohnung verbringen. Mit seiner in Graubünden wohnhaften Freundin wolle der Berufungsbeklagte inskünftig tendenziell mehr Zeit in D.\_\_\_\_ ZH verbringen. Die Wohnung habe für den Berufungsbeklagten einen höheren zeitlichen Nutzungswert, weshalb sie ihm zur alleinigen Nutzung zuzuteilen sei (act. 5 E. III./3.1). Ergänzend führte die Vorinstanz aus, dass den Eigentums- oder anderen rechtlich geordneten Nutzungsverhältnissen Rechnung getragen werden könne, sofern die gemachte Interessenabwägung zu keinem eindeutigen Ergebnis führe. Der Berufungsbeklagte sei alleiniger Mieter der Wohnung und das sich darin befindliche Mobiliar sei seinem Eigentum zuzuweisen. Somit sei auch unter Berücksichtigung dieser Verhältnisse die Wohnung dem Berufungsbeklagten zuzuteilen (act. 5 E. III./3.2). Das gemeinsame Zusammenleben sei für beide Parteien nicht mehr zumutbar und so schnell wie möglich aufzuheben. Da es sich beim 31. März 2022 im Kanton Zürich um einen offiziellen Um-

zugstermin handle, sollte es der Berufungsklägerin möglich sein, bis zu diesem Datum eine neue Wohnung zu finden (act. 5 E. III./3.3).

3.2.2. Wenn die Berufungsklägerin der Vorinstanz eine Verletzung von Art. 121 ZGB vorwirft und sie zum in dieser Bestimmung genannten "wichtigen Grund" vorträgt (act. 2 Ziff. 7.2 f.), zielt ihre Kritik ins Leere, denn diese scheidungsrechtliche Norm wurde dem angefochtenen Entscheid gar nicht zu Grunde gelegt. Vorliegend geht es vielmehr um die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 Abs. 1 ZGB. Die für den in diesem Rahmen zu treffenden Zuweisungsentscheid einschlägigen Kriterien hat die Vorinstanz zutreffend wiedergegeben (vgl. ausführlich: BGer, 5A\_971/2017 vom 14. Juni 2018, E. 3.1; BGer, 5A\_524/2017 vom 9. Oktober 2017, E. 6.1). Darauf kann verwiesen werden (vgl. act. 5 E. III./2).

Vergeblich beruft sich die Berufungsklägerin im Rechtsmittelverfahren auf die Nähe zwischen der ehelichen Wohnung und ihrem aktuellen Arbeitsort in E.\_\_\_\_\_, auf den es – so die Berufungsklägerin – alleine ankomme, sei es doch ungewiss, wann und wo sie ihr Arbeitspensum aufstocken werde (act. 2 Ziff. 7.3). In einer Distanz von 20 Kilometern zu ihrem Arbeitsort liegt notorischerweise eine Vielzahl von Zürcher Gemeinden, in denen die Berufungsklägerin ihren Wohnsitz begründen könnte, ohne dass sie einen längeren Arbeitsweg nach E.\_\_\_\_\_ auf sich nehmen müsste. Es kann daher nicht gesagt werden, die Berufungsklägerin sei, selbst wenn sie ihren Arbeitsort beibehalten könnte, aus beruflichen Gründen auf die eheliche Wohnung angewiesen.

Mangels zu berücksichtigender gesundheitlicher und beruflicher Aspekte prüfte die Vorinstanz richtigerweise in einem zweiten Schritt, wem der Auszug aus der ehelichen Wohnung eher zuzumuten sei. Dabei mass sie dem Willen des Berufungsbeklagten, seinen Lebensabend in der ehelichen Wohnung zu verbringen, entscheidende Bedeutung zu. Die Berufungsklägerin bestreitet zwar im Berufungsverfahren, und damit verspätet, dass diese Lebensplanung des Berufungsbeklagten bereits bei der Begründung des Mietverhältnisses im Mai 2011 bestanden hatte (act. 2 Ziff. 7.4 lit. a). Nicht in Abrede stellt sie indessen, dass der Berufungsbeklagte beabsichtigt, inskünftig und auf unbestimmte Dauer in D.\_\_\_\_\_ ZH zu wohnen. Umgekehrt ist über die Zukunftspläne der Berufungsklägerin nichts

bekannt. Dementsprechend ist der Vorinstanz beizupflichten, wenn sie dem Berufungsbeklagten einen höheren zeitlichen Nutzungswert an der ehelichen Wohnung beigemessen hat. Daran ändert nichts, dass der Berufungsbeklagte womöglich aktuell weniger oft in der ehelichen Wohnung verweilt und sich stattdessen bei seiner Freundin in Graubünden aufhält, was ihm die Berufungsklägerin anlastet (act. 2 Ziff. 7.1 i.V.m. Prot. VI S. 6). Meidet jener die eheliche Wohnung gegenwärtig, um Konflikten aus dem Weg zu gehen, so gereicht ihm dies beim Zuweisungsentscheid nicht zum Nachteil (verfehlt daher act. 2 Ziff. 7.1; vgl. BGer, 5A\_524/2017 vom 9. Oktober 2017, E. 6.1).

Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, wäre – selbst wenn man den letztbehandelten Aspekt nicht als durchschlagend erachten würde – die eheliche Wohnung spätestens nach dem letzttrangigen Kriterium der sach- oder schuldrechtlichen Berechtigung dem Berufungsbeklagten zuzuweisen. Der Mietvertrag lautet unbestrittenermassen alleine auf ihn. Entgegen der Berufungsklägerin ist nicht davon auszugehen, dass sich die Vorinstanz bei ihrem Zuteilungsentscheid massgebend von den Eigentumsverhältnissen am Mobilien hat leiten lassen (vgl. act. 2 Ziff. 7.4 lit. c).

Die von der Berufungsklägerin im Rahmen ihrer Berufung neu aufgeführten Argumente für eine Zuweisung an sie – namentlich dass sie vermögenslos und insolvent sei, was ihr verunmögliche eine Mietzinskaution zu leisten, der Berufungskläger demgegenüber über ein Vermögen von Fr. 20'000.– verfüge, sie im Gegensatz zum Berufungsbeklagten nicht Schweizer Bürgerin und schwarz sei, was ihr die Wohnungssuche erschwere (vgl. act. 2 Ziff. 7.4 lit. b) – stellen keine anerkannten Zuteilungsgründe dar. Finanzielle Gründe haben bei der Zuteilung der ehelichen Wohnung dem Grundsatz nach unbeachtlich zu bleiben (vgl. BGer, 5A\_78/2012 vom 15. Mai 2012, E. 3.1). Ohnehin sind mittlerweile Alternativen zur Leistung eines Mietzinsdepots – insbesondere in Form von Mietkautionsversicherungen – verfügbar. Nach Aufnahme eines Vollzeitpensums wird die Berufungsklägerin überdies ein ausreichendes Einkommen erzielen, um sich eine geeignete Wohnung leisten zu können. Dass die Berufungsklägerin wegen ihrer Nationalität und/oder Hautfarbe auf dem Wohnungsmarkt einen schwierigeren Stand haben

könnte, wurde von ihr bei der Vorinstanz nicht geltend gemacht. Da es sich bei der behaupteten generellen Benachteiligung nicht um eine notorische Tatsache handelt, muss darauf nicht weiter eingegangen werden.

Zusammengefasst hat die Vorinstanz die für die Zuweisung der ehelichen Wohnung relevanten Kriterien rechtsfehlerfrei und im Resultat angemessen angewendet.

3.2.3. Die Berufungsklägerin musste seit dem erstinstanzlichen Entscheid mit einer Zuweisung der ehelichen Wohnung an den Berufungsbeklagten rechnen. Dies lässt die von ihr eventualiter beantragte Auszugsfrist bis zum 30. Juni 2022 als angemessen erscheinen. Die Berufungsklägerin ist in Abweichung vom vorinstanzlichen Entscheid zu verpflichten, die eheliche Wohnung bis zu diesem Datum zu verlassen und dem Berufungsbeklagten zur alleinigen Benutzung zu überlassen. Ihre Berufung ist in diesem Sinne teilweise gutzuheissen.

### 3.3. *Hypothetisches Einkommen der Berufungsklägerin*

3.3.1. Was das Einkommen der Berufungsklägerin anbelangt, stellte die Vorinstanz zunächst fest, dass vorliegend keine Absicht bestehe, den gemeinsamen Haushalt wiederaufzunehmen. Im Zentrum stehe deshalb die wirtschaftliche Selbständigkeit der Parteien sowie die Vorbereitung auf die absehbare Auflösung der Ehe. Die Berufungsklägerin habe nicht hinreichend dargelegt, wieso es ihr nicht möglich sein sollte, in einem Arbeitspensum von 100% zu arbeiten und weshalb in diesem konkreten Fall die bisher gelebte Rollenverteilung geschützt werden solle. Im Hinblick auf die absehbare Auflösung der Ehe sei die Berufungsklägerin deshalb zur Ausweitung ihrer Erwerbstätigkeit angehalten, um ihren eigenen Bedarf zu decken und wirtschaftlich selbständig zu sein. Eine Erhöhung des Arbeitspensums sei bei ihrem derzeitigen Arbeitgeber anscheinend nicht möglich, weshalb der Berufungsklägerin eine Übergangsfrist einzuräumen sei, um eine neue Arbeitsstelle zu finden. Nachdem sich die Berufungsklägerin ab dem 1. April 2022 im zweiten Dienstjahr befinde, könne ihr aktuelles Arbeitsverhältnis mit einer Kündigungsfrist von zwei Monaten beendet werden. Angesichts eines zu durchlaufenden Bewerbungsverfahrens könne die Berufungsklägerin per 1. Juni 2022 eine

neue Arbeitsstelle mit einem Arbeitspensum von 100% antreten. Aufgrund der Ausbildung der Berufungsklägerin im Pflegebereich könne ihr ein hypothetisches Einkommen in diesem Berufsfeld angerechnet werden, wobei ausgehend von ihrem bisherigen Lohn ein Einkommen von Fr. 3'902.– (2 x Fr. 1'951.–) erzielt werden könne (act. 5 E. IV./2.2.4).

3.3.2. Für den nahehelichen Unterhalt gilt aufgrund des klaren Wortlautes von Art. 125 Abs. 1 ZGB das Primat der Eigenversorgung und damit eine Obliegenheit zur (Wieder-)Eingliederung in den Erwerbsprozess bzw. zur Ausdehnung einer bestehenden Tätigkeit. Der Zuspruch eines Unterhaltsbeitrages ist subsidiär zur Eigenversorgung und nur geschuldet, soweit der gebührende Unterhalt bei zumutbarer Anstrengung nicht oder nicht vollständig durch Eigenleistung gedeckt werden kann. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aktualisiert sich der Grundsatz der Eigenversorgung ab dem Zeitpunkt der Scheidung in besonderer Weise; eine betreffende Pflicht besteht allerdings bereits ab dem Trennungszeitpunkt, wenn keine vernünftige Aussicht auf Wiederaufnahme des Ehelebens mehr besteht (BGE 147 III 308 E. 5.2; BGE 147 III 249 E. 3.4.4, je m.w.H.).

Ein hypothetisches Einkommen kann angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist. Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Damit ein Einkommen überhaupt oder ein höheres Einkommen angerechnet werden kann, als das tatsächlich erzielte, genügt es nicht, dass der betroffenen Partei weitere Anstrengungen zugemutet werden können. Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen. Mit Bezug auf das hypothetische Einkommen ist Rechtsfrage, welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint. Tatfrage bildet hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist (BGE 143 III 233 E. 3.2; BGE 137 III 118 E. 2.3).

Bei der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist der betroffenen Partei eine hinreichende Übergangsfrist einzuräumen, um die rechtlichen Vorgaben in die Tat umsetzen zu können (BGE 144 III 481 E. 4.6; BGE 129 III 417 E. 2.2). Bedeutsam ist bei der Festlegung der Übergangsfrist unter anderem, inwieweit

die geforderte Umstellung für die betroffene Person voraussehbar war (BGer, 5A\_549/2017 vom 11. September 2017, E. 4; BGer, 5A\_184/2015 vom 22. Januar 2016, E. 3.2).

Nach diesen Grundsätzen ist die Berufungsklägerin bereits während der Dauer des Scheidungsverfahrens gehalten, ihre Eigenversorgungskapazität – soweit ihr dies möglich und zumutbar ist – vollumfänglich auszuschöpfen. Fehl geht somit ihr pauschaler Verweis auf die während der Ehe gelebte Rollenverteilung und ihr vormaliges (Teilzeit-)Arbeitspensum (vgl. act. 2 Ziff. 8.1 lit. a).

Die Berufungsklägerin hat keine konkreten Gründe dargetan, noch wären solche anderweitig ersichtlich, welche gegen die Zumutbarkeit eines 100%-Pensums als Pflegehelferin sprechen würden. In Bezug auf die zweite Voraussetzung, nämlich dass das angenommene Einkommen möglich bzw. tatsächlich erzielbar ist, darf notorischerweise von einer gegenwärtig grossen Nachfrage nach Personal im Pflegebereich ausgegangen werden. Unter diesen Marktbedingungen ist davon auszugehen, dass die als Pflegehelferin ausgebildete Berufungsklägerin in der Lage ist, eine geeignete Stelle im Vollzeitpensum zu finden, sei es bei ihrer aktuellen Arbeitgeberin – die F.\_\_\_\_\_ AG betreibt eine grössere Anzahl von Einrichtungen im Kanton Zürich und auch die Berufungsklägerin war zunächst andernorts, namentlich in G.\_\_\_\_\_, tätig (vgl. act. 6/15/2) –, sei es bei einer vergleichbaren Pflegeeinrichtung. Dass die Berufungsklägerin mit einer Vollzeiterwerbstätigkeit ein monatliches Einkommen von Fr. 3'902.– (netto) erzielen kann, wurde von ihr im Berufungsverfahren nicht konkret in Zweifel gezogen, weshalb auf diesen Betrag abzustellen ist. Die Vorinstanz rechnete der Berufungsklägerin damit zu Recht ein hypothetisches Einkommen in besagter Höhe an.

3.3.3. Was die Übergangs- bzw. Umstellungsfrist anbelangt, so ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Berufungsklägerin spätestens seit der am 23. März 2022 erfolgten Zustellung des angefochtenen Entscheides damit rechnen musste, dass sie ihr Arbeitspensum auf 100% wird aufstocken müssen (bzw. ihr ein entsprechendes Einkommen angerechnet werden wird). Die Berufungsklägerin ist überdies bereits im Pflegebereich tätig. Dabei handelt es sich, wie gesagt, um eine Branche, in welcher ein allgemeiner Personalmangel herrscht. Eine zeitnahe

Ausdehnung ihrer Erwerbstätigkeit ist daher sowohl tatsächlich möglich als auch rechtlich zumutbar. Ob dies durch Aufstockung des Pensums im Rahmen ihrer aktuellen Arbeitsstelle oder durch Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses geschieht, bleibt der Berufungsklägerin frei gestellt. Unzutreffend ist aber ihre Auffassung, sie habe einen Anspruch auf eine längere Übergangsfrist, um ihre aktuelle Stelle zu behalten und eine zusätzliche Stelle, welche sich mit jener koordinieren lasse, zu suchen (vgl. act. 2 Ziff. 8.1 lit. c). Die Berufungsklägerin hat ihre wirtschaftliche Selbständigkeit so schnell wie möglich (und zumutbar) zu erlangen. Dies schliesst einen allfälligen Stellenwechsel mit ein. Ins Leere zielen des Weiteren die von der Berufungsklägerin angerufenen statistischen Erhebungen zur durchschnittlichen Dauer der Stellensuche von Arbeitslosen in der Schweiz. Diese weisen keinen Bezug zur Pflegebranche auf und es handelt sich bei ihnen ohnehin um unzulässige Noven (vgl. act. 2 Ziff. 8.1 lit. c). Schliesslich ist vor dem Hintergrund der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht nachvollziehbar, wieso dem Berufungsbeklagten ein Rechtsschutzinteresse daran fehlen sollte, dass der Berufungsklägerin während der Dauer des Scheidungsverfahrens ein hypothetisches Einkommen angerechnet wird (vgl. act. 2 Ziff. 8.1 lit. d). Unter den gegebenen Umständen ist die von der Vorinstanz festgelegte Übergangsfrist bloss geringfügig, nämlich um einen Monat, zu verlängern, damit die Berufungsklägerin die tatsächliche Ausweitung ihres Pensums bewerkstelligen kann. Ihr ist mithin ab dem 1. Juli 2022 ein Einkommen von monatlich Fr. 3'902.– (netto) anzurechnen.

#### 3.4. *Bedarf der Berufungsklägerin und Festlegung des Unterhalts*

3.4.1. Die Vorinstanz nahm in die Bedarfe beider Parteien in der dritten Unterhaltsphase je eine Kommunikationspauschale von Fr. 108.– auf (act. 5 E. IV./3.1 Ziff. 4 und IV./3.2 Ziff. 4). Die Berufungsklägerin wendet ein, dass Kommunikationskosten nach der neueren Rechtsprechung im Grundbetrag inbegriffen seien (act. 2 Ziff. 8.2). Dies ist nicht richtig. Gemäss dem bundesgerichtlichen Leitscheid BGE 147 III 265 (E. 7.2) ist der gebührende Unterhalt, soweit es die finanziellen Mittel zulassen, zwingend auf das familienrechtliche Existenzminimum zu erweitern, worin auch eine Kommunikationspauschale zu veranschlagen ist. Da

die Vorinstanz einen hierfür ausreichenden Überschuss ermittelt hat, nahm sie die Pauschale zu Recht in die Bedarfe der Parteien auf.

3.4.2. Die Vorinstanz nahm eine dreiphasige Unterhaltsberechnung vor. Von Belang ist heute vor dem Hintergrund des Berufungsantrages betreffend Unterhalt lediglich die dritte Phase (ursprünglich ab dem 1. Juni 2022; nach dem Auszug der Berufungsklägerin aus der ehelichen Wohnung und unter Anrechnung eines hypothetischen Einkommens). Für diese Phase sprach die Vorinstanz der Berufungsklägerin keinen Unterhalt zu, weil beide Parteien ihren Bedarf selber zu decken in der Lage seien und Überschüsse in vergleichbarer Höhe resultieren würden (act. 5 E. IV./4.3). Damit setzt sich die Berufungsklägerin berufungshalber nicht konkret auseinander (vgl. act. 2 Ziff. 8.2 f.). Da sich ihre Beanstandungen zur Zuweisung der ehelichen Wohnung, zum ihr anzurechnenden hypothetischen Einkommen und zur Bedarfsposition "Kommunikation" als unbegründet erwiesen haben, besteht kein Anlass zur Neuberechnung des zuzusprechenden Unterhalts. Damit bleibt es dabei, dass der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin ab ihrem Auszug aus der ehelichen Wohnung, also ab dem 1. Juli 2022, keine vorsorglichen Unterhaltsbeiträge zu leisten hat. Nachdem auch keine Änderungen an der Unterhaltsregelung für die Zeit vor dem 1. Juli 2022 vorzunehmen waren (vgl. oben E. 2.3), ändert sich an Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung im Resultat nichts. Die Berufung ist insoweit abzuweisen. Der guten Form halber ist Dispositiv-Ziffer 3 an die wegen der um einen Monat verlängerten Auszugs- bzw. Übergangsfristen veränderten finanziellen Verhältnisse anzupassen.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Berufungsklägerin unterliegt mit ihrer Berufung mit Ausnahme der Verlängerung der Auszugsfrist um einen Monat betreffend die eheliche Wohnung vollumfänglich, soweit auf ihr Rechtsmittel einzutreten ist. Es rechtfertigt sich, von einem Unterliegen im Umfang von neun Zehnteln auszugehen. Handkehrum unterliegt der Berufungsbeklagte zu einem Zehntel. In diesem Umfang werden die Parteien kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Die Entscheidgebühr für das unterdurchschnittlich aufwendige Berufungsverfahren ist nach § 12 Abs. 1 und 2, § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 2'000.– festzulegen.

4.3. Grundlagen der Festsetzung der Entschädigung für die Kosten einer anwaltlichen Vertretung bilden die Verantwortung, die Schwierigkeit des Falls und der notwendige Zeitaufwand (§ 2 Abs. 2 AnwGebVO). Unter Berücksichtigung dieser Kriterien sowie des anwendbaren summarischen Verfahrens ist die Parteientschädigung gestützt auf § 5 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebVO auf Fr. 2'500.– (7.7% MwSt. inkl.) festzusetzen.

#### 5. Prozesskostenvorschuss und Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege

5.1. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Eine unentgeltliche Rechtsvertretung wird bestellt, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig erscheint (Art. 118 Abs. 1 ZPO). Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege subsidiär zur familienrechtlichen Beistands- und Unterhaltspflicht der Ehegatten (vgl. statt vieler: BGE 142 III 36 E. 2.3).

5.2. Die Parteien bezeichnen sich jeweils als mittellos (vgl. act. 2 Ziff. 6; act. 9 Rz 18 i.V.m. act. 6/5). Dies deckt sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen zu den finanziellen Verhältnissen. Mit den beidseits resultierenden Überschüssen können die durch das Berufungsverfahren angefallenen Prozesskosten nicht in- nert eines Jahres getilgt werden. Die Parteien haben jeweils als mittellos zu gelten. Begehren auf Leistung von Prozesskostenvorschüssen waren unter diesen Umständen nicht zu stellen.

5.3. Die Berufungsanträge der Parteien waren nicht aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO. Sodann war die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung zur Wahrung der Rechte der Parteien notwendig. Damit sind die Vorausset-

zungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege mitsamt unentgeltlicher Rechtsverteidigung erfüllt.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch der Beklagten und Berufungsklägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird gutgeheissen und es wird ihr Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ Rechtsanwälte, ... [Adresse] als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
2. Das Gesuch des Klägers und Berufungsbeklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird gutgeheissen und es wird ihm Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, ... [Adresse] als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachstehendem Erkenntnis.

**Es wird sodann erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Beklagten und Berufungsklägerin werden Dispositivziffern 1 und 3 der Verfügung des Einzelgerichts in Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichtes Hinwil vom 4. März 2022 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

" 1. Die eheliche Wohnung an der C.\_\_\_\_\_-strasse 2 in D.\_\_\_\_\_ ZH wird für die Dauer des Scheidungsverfahrens dem Kläger zur alleinigen Benützung zugewiesen. Die Beklagte wird verpflichtet, die eheliche Wohnung bis zum 30. Juni 2022 zu verlassen.

Mobiliar und Hausrat bleiben in der ehelichen Wohnung und werden für die Dauer des Scheidungsverfahrens dem Kläger zur alleinigen Benützung zugewiesen. Die Beklagte ist jedoch berechtigt, ihre persönlichen Gegenstände mitzunehmen. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten die persönlichen Gegenstände auf erstes Verlangen herauszugeben."

"3. Dieser Vereinbarung liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:

Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, exkl. Familienzulagen:

- Kläger: Fr. 4'484.– (AHV-Rente und Pensionskassenleistung)
- Beklagte: Fr. 1'951.– bis 30. Juni 2022 (50%-Pensum)

Fr. 3'902.– ab 1. Juli 2022 (100%-Pensum, hypothetisch)

Vermögen: nicht relevant"

Im Übrigen werden die Berufungsanträge abgewiesen, soweit auf die Berufung eingetreten wird, und die Verfügung des Einzelgerichts in Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichtes Hinwil vom 4. März 2022 wird bestätigt."

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu neun Zehnteln der Beklagten und Berufungsklägerin und zu einem Zehntel dem Kläger und Berufungsbeklagten auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Die Beklagte und Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungsbeklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'000.– (inkl. 7.7 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, und an die Vorinstanz, 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Häfeli

versandt am: