

AG_ZIVILGERICHT ZSU.2022.38 vom 18. Oktober 2022

Ag Zivilgericht, 2022-10-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_zivilgericht_ZSU.2022.38

FR: AG_ZIVILGERICHT ZSU.2022.38 du 18 octobre 2022

IT: AG_ZIVILGERICHT ZSU.2022.38 del 18 ottobre 2022

Erwägungen

E. 1

Die Parteien leben seit dem 1. September 2017 getrennt. Aus der Ehe sind die bereits volljährigen Kinder C. und D. hervorgegangen. Am 12. März 2020 machte der Beklagte die Scheidungsklage am Familiengericht Q. anhängig.

E. 1.1

In teilweiser Gutheissung der Berufung der Klägerin wird die Dispositiv-Ziffer 1 des Entscheids des Gerichtspräsidiums Q. vom 19. Oktober 2021 aufgehoben und durch folgende Bestimmung ersetzt: 1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den persönlichen Unterhalt monatlich rückwirkend bzw. vorschüssig folgende Beiträge zu bezahlen: Ab 10. Mai 2021 bis Ende Dezember 2022 Fr. 512.00 Ab 1. Januar 2023 Fr. 112.00 Die Zahlungen des Gesuchsgegners mit Unterhaltscharakter am 26. April 2021 im Umfang von Fr. 642.95, am 26. Mai 2021 über Fr. 906.00 und am 25. Juni 2021 über Fr. 500.00 können angerechnet werden.

E. 1.2

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen. 2. Auf das Gesuch der Klägerin betreffend Prozesskostenvorschusspflicht des Beklagten wird nicht eingetreten. 3. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen. 4. Die Entscheidunggebühren von Fr. 2'000.00 wird zu 80%, mit Fr. 1'600.00, der Klägerin, und zu 20%, mit Fr. 400.00, dem Beklagten auferlegt. 5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten 60% seiner zweitinstanzlichen Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 1'970.00, somit Fr. 1'181.00, zu bezahlen.

- 33 - Zustellung an: [...] Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG) Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann innert 30 Tagen, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG). Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der

Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG). Der Streitwert des kantonalen Verfahrens beträgt mehr als Fr. 30'000.00. Aarau, 18. Oktober 2022 Obergericht des Kantons Aargau Zivilgericht, 5. Kammer Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: Brunner Hess

E. 1.3

Im vorliegenden Verfahren, in welchem keine Kinderbelange im Streit liegen, gilt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime (BGE 5A_645/2016 Erw. 3.2.3). Sie befreit die Parteien weder von ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast noch von ihrer Mitwirkungspflicht, d.h. es liegt auch in diesem Fall an ihnen, die erforderlichen tatsächlichen Grundlagen für die geltend gemachten Ansprüche darzutun und die Beweise für die vorgebrachten Tatsachen vorzulegen resp. zu beantragen (BGE 128 III 411 Erw. 3.2.1; BGE 5A_485/2012 Erw. 5). Verweigert eine Partei die Mitwirkung, kann sich dies zu ihrem Nachteil auswirken. Bleiben prozessrelevante Tatsachen beweislos, ist nach den allgemeinen Regeln der Beweislast zu entscheiden, d.h. es unterliegt diejenige Partei welche die Beweislast trägt (vgl. GEHRI, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2017 [BSK ZPO], N. 17 zu Art. 55 ZPO).

- 7 -

E. 1.4

Unter der Geltung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime dürfen neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO; BGE 138 III 625 Erw. 2.2). Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 415 Erw. 2.2.2). Es ist unzulässig, durch ein "neues Beweismittel" eine Tatsache ins Verfahren einzubringen, die bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt schon vor der ersten Instanz hätte vorgebracht werden können (vgl. REETZ/HILBER, ZPO-Komm., a.a.O., N. 39 zu Art. 317 ZPO). Wer Neuerungen geltend macht, hat die Gründe detailliert darzulegen, weshalb die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnte (BGE 143 III 43 Erw. 4.1). Echte Noven, die im Rechtsmittelverfahren insbesondere dadurch charakterisiert sind, dass sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind und so in erster Instanz begriffsgemäss nicht geltend gemacht werden konnten, können innerhalb der Rechtsmittelfrist ohne Beachtung eines Zeitrahmens vorgebracht werden, nach Ablauf der Rechtsmittelfrist sind sie "ohne Verzug" vorzubringen (BGE 5A_568/2012 Erw. 4). Zulässige Noven (Sachvorbringen, Bestreitungen, Beweismittel) dürfen neu bestritten und mit neuen Beweismitteln pariert werden (REETZ/HILBER, ZPO-Komm., a.a.O., N. 31 [ii] und [iv] zu Art. 317 ZPO). Werden (zulässige) Neuerungen von der Gegenpartei nicht bestritten, kann das Gericht darauf abstellen (BGE 4A_747/2012 Erw. 3.3). Der Sachverhalt ist glaubhaft zu machen (BGE 5A_239/2017 Erw. 2.3). 2.

E. 2

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin innert 10 Tagen nach Einreichung dieses Begehrens Einsicht in folgende Belege zu gewähren: - Lohnabrechnung Februar 2021 und Lohnbeleg mit dem ausserordentlichen, Anfang 2021 ausbezahlten Bonus/Dienstaltersprämie. - Kreditkartenabrechnungen der Cembra-Money Bank für die Zeit vom September 2017 bis Ende Mai 2021.

E. 2.1

Die Vorinstanz verpflichtete den Beklagten zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Klägerin rückwirkend ab 16. Februar 2021. Sie erwog (Erw. 4.3.3. des angefochtenen Entscheids), gemäss Angaben beider Parteien habe sich der Beklagte bis am 15. Februar 2021 an die Trennungsvereinbarung gehalten. Es sei daher davon auszugehen, dass sich die Parteien ab dem 16. Februar 2021 nicht (mehr) über die Unterhaltszahlungen einig gewesen seien, weswegen Unterhaltsbeiträge ab dem 16. Februar 2021 zuzusprechen seien.

E. 2.2

Die Klägerin macht in der Berufung (S. 4 ff.) geltend, die von den Parteien im September 2017 abgeschlossene aussergerichtliche Trennungsvereinbarung gelte bis zur Anrufung des Eheschutzrichters. Es sei unzutreffend, dass sich der Beklagte bis am 15. Februar 2021 an die Trennungsvereinbarung gehalten habe. Die rückwirkende Senkung des bereits bezahlten

- 8 - Unterhalts für die Zeit vom 16. Februar 2021 bis zur Einreichung des Eheschutzbegehrens am 10. Mai 2021 bzw. die Anrechnung eines zu viel bezahlten Betrags sei unzulässig. Der Beginn der gegenüber der Trennungsvereinbarung geänderten Unterhaltspflicht sei auf das Datum der Einreichung des Präliminarbegehrens, d.h. auf den 10. Mai 2021, festzulegen.

E. 2.3

Die Parteien haben am 6. September 2017 eine aussergerichtliche Trennungsvereinbarung abgeschlossen (Klagebeilage 2 [OF.2020.41]). Bei Trennungsvereinbarungen handelt es sich nicht um schuldrechtliche Verträge, die auf dem Prinzip von Leistung und Gegenleistung beruhen, sondern um Abkommen aufgrund der ehelichen Unterstützungspflicht. Grundsätze des Vertragsrechts sind somit höchstens sinngemäss anwendbar (BRÄM/HASENBÖHLER, Zürcher Kommentar, Zürich 1998, N. 10 zu Art. 176 ZGB). Eine zwischen Ehegatten getroffene Trennungsvereinbarung über Unterhaltsbeiträge muss jederzeit den veränderten Verhältnissen, d.h. den neuen Bedürfnissen, Anforderungen und Lebensumständen der Ehegatten und allenfalls der Kinder angepasst werden können. Solche Vereinbarungen gelten auch nur auf Zusehen hin, nämlich solange das Einvernehmen der Ehegatten hinsichtlich des Getrenntlebens und seiner Regelung andauert (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, Bern 1999, N. 5b zu Art. 176 ZGB). Während dieser Zeit sind solche Trennungsvereinbarungen für die Ehegatten verbindlich. Nach Massgabe des Eherechts muss die Vereinbarung jederzeit anpassungsfähig sein, unabhängig davon, ob sie schriftlich fixiert wurde oder konkludent erfolgte (BRÄM/HASENBÖHLER, a.a.O., N. 10 zu Art. 176 ZGB). Sind sich die Ehegatten über die beidseitigen Beiträge an den Familienunterhalt nicht mehr einig, kann das Eheschutz- bzw. das Präliminargericht angerufen werden, falls eine einvernehmliche Regelung nicht mehr in Betracht kommt (BGE 5P.58/2006 Erw. 3.1; AGVE 2003, S. 24 ff.).

E. 2.4

In Ziffer 4 der Trennungsvereinbarung vom 6. September 2017 (Klagebeilage 2 [OF.2020.41]) verpflichtete sich der Beklagte, der Klägerin und den beiden Kindern ab 1. Oktober 2017 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'406.00 (inkl. Kinderzulagen) zu bezahlen. Mit Eingabe vom 15. Februar 2021 hat der Beklagte zwar erklärt, zu keinen weiteren Zahlungen mehr bereit zu sein (Replikbeilage 1 vom 14. April 2021 [OF.2020.41]). In Ziffer 9 der Trennungsvereinbarung steht allerdings: "Im Falle einer wesentlichen und dauernden Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse einer der Parteien oder der von ihnen unterstützten Kinder während der Trennungszeit ist die vorliegende Trennungsvereinbarung den veränderten Verhältnissen anzupassen. [...] Können sich die Parteien nicht einigen, so gilt bis zu einem allfälligen Gerichtsentscheid der Unterhaltsbeitrag gemäss dem letzten von beiden Parteien unterzeichneten Anhang 1." Zudem bezahlte der Beklagte der Klägerin weiterhin bis am 26. Mai 2021 den in der - 9 - Trennungsvereinbarung festgesetzten Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'406.00. Die Unterhaltspflicht des Beklagten ist somit ab Klageeinreichung resp. mit Wirkung ab 10. Mai 2021 neu zu bestimmen. 3.

E. 3

Der Gesuchstellerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und die unterzeichnende Fürsprecherin als ihre Vertreterin einzusetzen.

E. 3.1

km betrage und in 9 Minuten mit dem Fahrrad zu bewältigen sei. Der Beklagte könne den Weg problemlos mit dem Velo zurücklegen. Die Vorinstanz behaupte neu und ohne Begründung, dass ein Weg 3.96 km betrage und nicht per Fahrrad machbar sei. 3.5.1.2.2. Der Beklagte hält dem entgegen (Berufungsantwort S. 9 f.), er habe gar kein Velo. Er arbeite Schicht und könne nicht den Bus nehmen. Mit dem öffentlichen Verkehr wäre der Arbeitsweg gut drei Mal länger. Der Arbeitsweg von 3.96 km sei nicht zu beanstanden. Zudem habe er Anspruch auf den gleichen Standard wie die Klägerin, wozu ein Auto gehöre.

E. 3.2

Die Vorinstanz ging bei der Klägerin in der ersten Phase von einem Einkommen von Fr. 3'491.50 (inkl. 13. Monatslohn) aus. Sie legte dabei das durchschnittliche Einkommen aus dem Jahr 2020 zu Grunde (Lohnausweis 2020, Beilage 12 zur Eingabe des Beklagten vom 14. April 2021[OF.2020.41]) (vgl. Erw. 4.5.4.1. des angefochtenen Entscheids). Die

- 10 - Klägerin macht geltend (Berufung S. 8 f.), der Betrag sei nicht nachvollziehbar. Mit den Lohnabrechnungen Januar und Februar 2021 sei ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'453.34 belegt. Die Klägerin legt mit dem blossen Hinweis auf zwei einzelne Lohnabrechnungen aber nicht rechtsgenügend dar, inwieweit die Vorinstanz das Recht falsch angewendet oder den Sachverhalt falsch festgestellt hat. Zudem hat sie die Behauptung des Beklagten (Berufungsantwort S. 7), auf dem 13. Monatslohn erfolge kein Abzug für die Pensionskasse, nicht bestritten. Es hat daher mit einem Einkommen der Klägerin von Fr. 3'491.50 (für ein 80%-Pensum) sein Bewenden.

E. 3.3

Es folgten weitere Eingaben der Klägerin vom 16. Mai 2022 und 8. Juni 2022 sowie des Beklagten vom 13. Juni 2022 und 21. Juli 2022.

E. 3.3.1.1

Die Vorinstanz berücksichtigte im Existenzminimum der Klägerin einen Grundbetrag von Fr. 1'100.00 und zog bei den Wohnkosten einen Wohnkostenanteil von Fr. 250.00 pro (volljähriges) Kind bzw. von insgesamt Fr. 500.00 ab. Die Klägerin macht in der Berufung (S. 9 ff.) geltend, die Kinder könnten aufgrund ihres Lehrlingslohns keinen Beitrag abgeben. Auch nach Beendigung der Lehre im Sommer 2022 würden sie nichts oder noch weniger verdienen. Es seien daher Wohnkosten von Fr. 1'500.00 und (sinngemäss) ein Grundbetrag von Fr. 1'200.00 zu berücksichtigen. Zudem verlangt die Klägerin die Berücksichtigung der Krankenkassenprämien der Kinder in ihrem Existenzminimum (Berufung S. 11). Der Beklagte bestreitet, dass die Klägerin die Kinder tatsächlich unterstützt (Berufungsantwort S. 7).

E. 3.3.1.2

Die beiden Kinder D. und C. waren im Zeitpunkt des Präliminarbegehrens der Klägerin unbestrittenermassen bereits volljährig. Der Volljährigenunterhalt kann daher nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden; es kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Urteil, Erw. 4.2.3.) verwiesen werden. Dies würde selbst dann gelten, wenn die Klägerin von den Kindern als Prozessstandschafterin dazu ermächtigt worden wäre, was sie aber nicht geltend macht. Gemäss den im Kreisschreiben der Schuldbetreibungs- und Konkurskommission des Obergerichts vom 21. Oktober 2009 enthaltenen Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG (SchKG-Richtlinien; KKS.2005.7) ist bei Wohngemeinschaften insbesondere eines Elternteils mit einem volljährigen, erwerbstätigen Kind in der Regel ein angemessener Wohnkostenanteil des Kindes zu berücksichtigen (Ziff. II./1 und IV./2 der Richtlinien; BGE 132 III 483 Erw. 5; sowie VONDER MÜHLL, in: Basler Kommentar zum SchKG, 3. Aufl., Basel 2021, N. 26 zu Art. 93 SchKG). Die Klägerin führt in der Berufung (S. 10) aus, die beiden volljährigen Kinder würden die Lehre im Sommer 2022 beenden, der Sohn

- 11 - wolle danach noch eine Lehre als Informatiker und die Tochter die Berufsmatura machen. Der Beklagte hat diese Ausführungen nicht bestritten. Es ist daher glaubhaft, dass die beiden volljährigen Kinder ihren Unterhaltsbedarf bis auf Weiteres zumindest nicht vollumfänglich allein durch eigenes Einkommen decken können. Zu berücksichtigen ist aber, dass die beiden Kinder mit ihrem Einkommen an ihrem eigenen Unterhalt zu beteiligen haben (Art. 285 Abs. 1 ZGB und Art. 276 Abs. 3 ZGB). Für den Fall, dass die beiden Kinder der Klägerin mit ihrem Einkommen tatsächlich keinen Wohnkostenbeitrag leisten können (vgl. act. 7 unten), hätte der Beklagte aber für den entsprechenden Unterhaltsbedarf aufzukommen, was aber wie gesagt nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Dass die Vorinstanz im Existenzminimum der Klägerin bei ihren Wohnkosten einen Abzug von Fr. 250.00 pro Kind bzw. von insgesamt Fr. 500.00 vorgenommen hat, welcher in masslicher Hinsicht unbestritten geblieben ist und der Praxis des Kantons Aargau entspricht (vgl. Ziff. 2.2.2. der Empfehlungen der obergerichtlichen Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz für die Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder vom 1. Mai 2017 [XKS.2017.2; Unterhaltungsempfehlungen]), ist daher nicht zu beanstanden. Dass die Vorinstanz den Grundbetrag der Klägerin mit Fr. 1'100.00 in ihrem Existenzminimum eingesetzt hat (vgl. Ziff. I.2. der SchKG-Richtlinien), ist sodann im Lichte des Synergieeffekts der Wohngemeinschaft auf die Kosten des gemeinsamen Haushalts ebenfalls rechtens. Die von der Klägerin geltend gemachten

Krankenkassenprämien der Kinder können nicht in ihrem Existenzminimum berücksichtigt werden, selbst wenn sie diese tatsächlich bezahlen würde, wie sie behauptet. Ob und inwieweit sich die Klägerin durch Geldleistungen am Unterhaltsbedarf der Kinder D. und C. zu beteiligen hat, ist, wie schon erwähnt, nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

E. 3.3.2

Die Vorinstanz berücksichtigte im Existenzminimum der Parteien lediglich die Krankenkassenprämien nach KVG. Die Klägerin macht geltend (Berufung S. 12), es sei auch die Zusatzversicherung im Betrag von monatlich Fr. 42.05 zu berücksichtigen, da genügend Mittel vorhanden seien und belegt sei, dass sie vielfältige gesundheitliche Probleme habe. Da bei genügend Mitteln das sog. familienrechtliche Existenzminimum, zu welchem typischerweise die Steuern, eine Kommunikations- und Versicherungspauschale und über die obligatorische Grundversicherung hinausgehende Krankenkassenprämien gehören (vgl. BGE 147 III 265 Erw. 7.2 sowie hinten Erw. 4.1.), berücksichtigt werden kann und der Beklagte die geltend gemachten VVG-Prämien von Fr. 42.05 explizit anerkannt hat (Berufungsantwort S. 8), sind diese im familienrechtlichen Existenzminimum der Klägerin einzusetzen.

- 12 - Im familienrechtlichen Existenzminimum des Beklagten sind Fr. 40.50 für VVG-Prämien einzusetzen (Berufungsantwort S. 10).

E. 3.3.3

Die Klägerin verlangt in der Berufung (S. 13) die Berücksichtigung der Kosten für Telekommunikation und Versicherungen. Obwohl sie diese Kosten geltend gemacht habe, habe sich die Vorinstanz mit keinem Wort damit auseinandergesetzt. Der Beklagte hält dem entgegen (Berufungsantwort S. 8), falls eine Anpassung der bestehenden aargauischen Praxis in Betracht gezogen würde, dürften davon erst zukünftige Fälle betroffen sein oder es seien auch in seinem Bedarf Kosten in vergleichbarer Höhe zu berücksichtigen. Da sich die Parteien im Grundsatz einig darüber sind, dass Kosten für Kommunikation und Versicherungen in ihren familienrechtlichen Existenzminima zu berücksichtigen sind, ist dafür eine Pauschale von praxisgemäss je Fr. 150.00 einzusetzen (vgl. Entscheid des Obergerichts, 5. Zivilkammer, vom 18. Januar 2022 [ZSU.2021.185], Erw. 4.8.3).

E. 3.3.4.1

Die Vorinstanz berücksichtigte im angefochtenen Entscheid bei beiden Parteien Mehrkosten für die auswärtige Verpflegung von Fr. 201.00 für ein 100%-Pensum (Erw. 4.6.4.2. und 4.8.2.). Die Klägerin macht geltend (Berufung S. 13 f.), der praxisübliche Betrag betrage Fr. 220.00 pro Monat. Da sich ihre Arbeitszeit auf 5 Tage verteile, würde der volle Betrag beantragt. Der Beklagte hält dem entgegen (Berufungsantwort S. 8), eine allfällige Korrektur sei auch in seinem Bedarf vorzunehmen bzw. bis und mit Februar 2022 seien bei der Klägerin Fr. 176.00 anzurechnen. Die Klägerin mache neu geltend, ihr Arbeitspensum verteile sich auf 5 Tage. Bei einem 80%-Pensum bzw. 6.4 Arbeitsstunden täglich sei eine Mittagspause weder nötig noch vorgesehen. Es entstünden daher keine Mehrkosten für auswärtige Verpflegung.

E. 3.3.4.2

Gemäss Ziff. II/4 lit. b der SchKG-Richtlinien können die Mehrauslagen für die auswärtige Verpflegung des betreffenden Ehegatten mit einem Zuschlag von Fr. 9.00 bis Fr. 11.00 für

jede Hauptmahlzeit im Notbedarf berücksichtigt werden. Ausgehend von durchschnittlich 20 Arbeitstagen pro Monat ([365 Tage ./. 104 Tage {Wochenenden} ./. 20 Tage {Ferien} ./. 10 Tage {variable Feiertage}) : 12 [Monate]) werden bei einer Hauptmahlzeit praxisgemäss Fr. 200.00 pro Monat im Existenzminimum des betreffenden Ehegatten eingesetzt. Zu Recht weist die Klägerin zwar darauf hin, dass in der Praxis auch Beträge von Fr. 220.00 für ein 100%-Pensum zugesprochen werden. Der von der Vorinstanz berücksichtigte Betrag von Fr. 201.00 für ein 100%-Pensum bewegt sich aber immer noch im Rahmen

- 13 - des Ermessens und ist daher nicht zu beanstanden, zumal dieser Betrag auch beim Beklagten berücksichtigt wurde. Der Beklagte weist sodann zu Recht darauf hin, dass die Klägerin zum ersten Mal in der Berufung geltend macht, sie verteile ihr 80%-Pensum auf 5 Tage. Aufgrund der Novenschranke (Erw. 1.4. vorstehend) kann sie damit nicht mehr gehört werden. Es hat daher mit den von der Vorinstanz berücksichtigten Beträgen von Fr. 160.80 (1. Phase bis Ende Dezember 2022 [Erw. 3.6.4.5. nachstehend]) bzw. von Fr. 201.00 ab 1. Januar 2023 sein Bewenden.

E. 3.4

Mit Verfügung vom 23. August 2022 zog der Instruktionsrichter der 5. Zivilkammer beim Bezirksgericht Q. die Scheidungsakten (OF.2020.41) bei.

E. 3.4.1.1

Die Vorinstanz rechnete dem Beklagten ein monatliches Nettoeinkommen aus seiner Haupterwerbstätigkeit bei der E. AG von Fr. 5'254.10 an (vgl. Erw. 4.6.4.1. des angefochtenen Entscheids).

E. 3.4.1.2

3.4.1.2.1. Die Klägerin macht geltend (Berufung S. 14 f.), gemäss Lohnausweis 2020 habe der Beklagte bei der E. AG ein monatliches Einkommen von Fr. 5'570.00 (ohne Ausbildungszulagen) und im 2019 durchschnittlich Fr. 5'416.25 erzielt. Der Lohnausweis 2021 sei der Klägerin nicht bekannt, in den ersten sechs Monaten des Jahres 2021 habe der Beklagte mit dem Hauptverdienst inkl. Boni durchschnittlich Fr. 5'950.00 verdient. Es werde beantragt, dass das Gericht den Lohnausweis 2021 einhole. Falls der Lohn tatsächlich kleiner sei als in den Jahren 2019 und 2020, sei dem Beklagten der Durchschnitt der Jahre 2019 und 2020 anzurechnen. 3.4.1.2.2. Der Beklagte hält dem entgegen (Berufungsantwort S. 8 f.), im Einkommen gemäss Lohnausweis 2020 von Fr. 6'840.00 seien die Familienzulagen von Fr. 6'000.00 sowie eine Prämie für das Jahr 2019 von Fr. 1'400.00 brutto bzw. Fr. 1'272.00 netto enthalten. Die Prämie 2019 werde gemäss Trennungvereinbarung separat geteilt und von der Klägerin bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung auch geltend gemacht. Sie sei daher ebenfalls auszublenden und der Beklagte habe im Jahr 2020 ein Monats-einkommen von netto Fr. 5'214.00 erzielt. Die Lohnreduktion sei mit der schrittweisen Rückstufung infolge seines schlechten psychischen Gesundheitszustandes nachvollziehbar begründet worden; er leiste keinen "mangelnden Einsatz". Das durchschnittliche monatliche Nettoeinkommen des Beklagten für das erste Halbjahr 2021 sei mit Fr. 5'093.85 (inkl. 13. Monatslohn, abzgl. Ausbildungszulagen, Erfolgsprämie 2020 und Dienstaltersgeschenk) belegt.

- 14 -

E. 3.4.1.3

Nach Art. 8 ZGB hat, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen nachzuweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit be- streitet (BGE 141 III 241 Erw. 3.1). Vorliegend steht die erstmalige Festset- zung des Unterhalts in Streit. Demnach obliegt es der Unterhalt fordernden Partei, zu beweisen bzw. glaubhaft zu machen, wie gross die wirtschaftli- che Leistungskraft der pflichtigen Partei ist. Die pflichtige Partei hat aller- dings umfassend über ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse Aus- kunft zu erteilen. Gewisse Informationen über ihr tatsächliches oder hypo- thetisches Leistungsvermögen sind sodann nur für die pflichtige Partei greifbar. Es trifft sie daher insoweit eine Behauptungs- und Substanziie- rungsobliegenheit, wenn sie in Abrede stellt, das strittige Einkommen tat- sächlich erzielen zu können (BGE 5A_808/2018 Erw. 4.3 mit zahlreichen Hinweisen).

E. 3.4.1.4

Gemäss Lohnausweis 2020 (Berufungsantwortbeilage 5; Beilage 12 zur Eingabe des Beklagten vom 14. April 2021 [OF.2020.41]) erzielte der Be- klagte im Jahr 2020 ein Nettoeinkommen von Fr. 69'840.00, in welchem (u.a.) Ausbildungszulagen von Fr. 6'000.00 sowie eine Prämie von brutto Fr. 1'400.00 enthalten sind. Zum Nettoeinkommen gehören nicht nur der feste Lohnbestandteil, sondern u.a. auch Bonuszahlungen (BGE 5A_454/2010 Erw. 3.2.), wobei deren Abhängigkeit von der persön- lichen Zielerreichung sowie vom Geschäftsergebnis der Qualifikation als Lohnbestandteil nicht entgegensteht (BGE 5A_686/2010 Erw. 2.4.). Es ent- spricht ständiger Praxis der 5. Zivilkammer des Obergerichts, bei einer Un- gewissheit der Bonuszahlungen hinsichtlich deren Höhe und Auszahlung diese aus der Unterhaltsberechnung auszuklammern und erst im Zeitpunkt einer allfälligen Auszahlung den Parteien anteilmässig zuzuweisen. In der Trennungsvereinbarung vom 6. September 2017 haben die Parteien fest- gehalten (Ziff. 5), dass der Beklagte in der Regel jedes Jahr einen Bonus erhalte und er sich verpflichte, der Klägerin 20 Tage nach der Auszahlung 60% des Nettobonus (für Ehefrau und Kinder) zu überweisen. Dass die im Jahr 2020 ausgerichtete Prämie bei der Bestimmung des anrechenbaren Einkommens auszuklammern ist (Berufungsantwort S. 8 f., act. 90), ent- spricht der Regelung in der Trennungsvereinbarung und der Praxis des Obergerichts. Die Ausbildungszulagen von Fr. 6'000.00 sowie die Nettoprä- mie von Fr. 1'272.00 (Berufungsantwort S. 8) sind daher vom Betrag von Fr. 69'840.00 in Abzug zu bringen, was ein Nettoeinkommen von Fr. 62'568.00 bzw. von monatlich Fr. 5'214.00 im Jahr 2020 ergibt. Was das Jahr 2021 anbelangt, ergibt sich aus den Lohnabrechnungen Januar und - 15 - Februar 2021 (Antwortbeilage 12), dass im Januar 2021 eine Erfolgsprämie 2020 von brutto Fr. 1'155.00 und im Februar 2021 ein Dienstaltersgeschenk von brutto Fr. 6'500.00 ausbezahlt wurden. Die Klägerin hat nicht behaup- tet, dass das Dienstaltersgeschenk regelmässig ausbezahlt wird. Die bei- den Beträge von brutto Fr. 1'155.00 (Prämie bzw. Bonus) und Fr. 6'500.00 sind somit wiederum bei der Ermittlung des anrechenbaren Einkommens auszuklammern. Es ergibt sich somit ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen des Beklagten in den Monaten Januar bis und mit Juni 2021 inkl. Anteil am 13. Monatslohn und ohne Ausbildungszulagen von rund Fr. 5'100.00 (vgl. Lohnabrechnungen, Antwortbeilage 12). Der Be- klagte hat vor Vorinstanz geltend

gemacht (act. 90), die Erfolgsprämie und der Bonus würden im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung aufgeteilt, was von der Klägerin in der Folge nicht bestritten worden ist. Im Rahmen der Unterhaltsberechnung im Präliminarverfahren sind die in der Regel jährlich ausgerichteten Erfolgsprämien und das im Jahr 2021 ausbezahlte Dienstaltersgeschenk somit nicht zu berücksichtigen (Berufungsantwort S. 9). Dass das Einkommen des Beklagten höher ist als von der Vorinstanz veranschlagt, vermochte die Klägerin somit nicht glaubhaft zu machen. Der Beklagte wiederum vermochte nicht glaubhaft zu machen, dass sein Einkommen ab dem relevanten Jahr 2021 tiefer ist als von der Vorinstanz angenommen, nachdem er das im Jahr 2021 erzielte Einkommen nur bis Juni ausgewiesen hat. Es hat daher mit dem von der Vorinstanz festgestellten monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 5'254.10 sein Bewenden.

E. 3.4.2.1

Der Beklagte erzielt unbestrittenermassen mit dem Austragen von Zeitungen ein Nebenerwerbseinkommen. Die Vorinstanz führte dazu aus (Erw. 4.6.4.1. des angefochtenen Entscheids), der Beklagte habe seit jeher in einem 100% Pensum gearbeitet. Als sich die Parteien im Jahre 2017 getrennt hätten, habe er einen Nebenerwerb aufgenommen, bei welchem er monatlich ca. Fr. 700.00 bis Fr. 800.00 zusätzlich verdiene. Diesen Zusatzverdienst erziele er ausschliesslich am Wochenende. Es sei erwiesen, dass zu diesem Zeitpunkt im Jahre 2017 erhebliche eheliche Schulden bestanden hätten und auch jetzt noch Abzahlungsverpflichtungen des Beklagten vorhanden seien. Diese Mehrbelastung sei ihm - im Anbetracht, dass er sie erst nach der Trennung aufgenommen habe und zu einem gewissen Teil für die Abzahlung der ehelichen Schulden gebraucht habe - nicht anzurechnen.

E. 3.4.2.2

3.4.2.2.1. Die Klägerin macht geltend (Berufung S. 15 f.), es treffe nicht zu, dass der Beklagte die Tätigkeit erst nach der Trennung aufgenommen habe. Zudem

- 16 - sei die Schuldentilgung im Rahmen der Trennungsvereinbarung berücksichtigt worden. Hätte der Beklagte die Schulden, wie in der Trennungsvereinbarung berücksichtigt, abbezahlt, so wäre er heute schuldenfrei. Sollte dem Beklagten das Zusatzeinkommen nicht angerechnet werden, so sei ihm im Minimum das Haupteinkommen gemäss Lohnausweis 2020 anzurechnen.

3.4.2.2.2. Der Beklagte hält dafür (Berufungsantwort S. 9), das überobligatorische Einkommen sei bei der Unterhaltsberechnung nicht zu berücksichtigen, er habe diese Arbeit erst nach der Trennung aufgenommen und ohne diese Extrabemühungen hätten die ehelichen Schulden nicht einmal teilweise zurückbezahlt werden können.

E. 3.4.2.3

In der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts bestand der Grundsatz, dass von einem Unterhaltspflichtigen kein Arbeitspensum von mehr als 100% erwartet werden durfte. Davon konnte abgewichen werden, wenn die Möglichkeit einer Nebenbeschäftigung tatsächlich bestand und ein höheres Pensum dem Unterhaltspflichtigen zugemutet werden konnte (BGE 5A_722/2007 Erw. 6.2.2). In seiner neuen Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht hat das Bundesgericht entschieden, dass "überobligatorische Arbeitsanstrengungen" bei der Verteilung eines allfälligen Überschusses zu berücksichtigen sind (BGE 147 III 265 Erw. 7.3 sowie hinten Erw. 4.1.). Der Nebenerwerb des Beklagten ist ohne Weiteres als "überobligatorische Arbeitsanstrengung[en]" zu qualifizieren, und das in masslicher Hinsicht unstrittige Nebenerwerbseinkommen des Beklagten von "Fr.

700.00 bis Fr. 800.00" ist ihm somit mit Fr. 750.00 als Einkommen anzurechnen. In welchem Zeitpunkt der Beklagte mit dem Austragen von Zeitungen begonnen hat und in welchem Umfang er mit den daraus erzielten Einkünften vor dem hier interessierenden Zeitraum (d.h. vor dem 10. Mai 2021) eheliche Schulden abbezahlt hat, kann daher offengelassen werden.

E. 3.4.3

Mit Eingabe vom 21. Juli 2022 machte der Beklagte geltend, dass die Arbeitsstelle per 31. Oktober 2022 gekündigt worden sei. Es zeichne sich ab, dass er ab November Taggelder der Arbeitslosenversicherung beziehen müsse und er nur noch 70% seines bisherigen Einkommens erzielen werde. Der Beklagte legt nicht näher dar, aus welchen Gründen eine Arbeitslosigkeit ab 1. November 2022 überwiegend wahrscheinlich ist. Sollte es sich tatsächlich so verhalten, dass der Beklagte ab dem 1. November 2022 arbeitslos sein wird, steht ihm die Möglichkeit einer Abänderungsklage (Art. 179 ZGB) offen. Insgesamt ist dem Beklagten daher aus Haupt- und Nebenerwerbstätigkeit ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 6'004.10 (Fr. 5'254.10 + Fr. 750.00) anzurechnen.

- 17 -

E. 3.4.4

Mit Eingabe vom 19. September 2022 machte der Beklagte geltend, er sei seit März 2022 aus psychischen Gründen ganz oder teilweise arbeitsunfähig. Ein zwischenzeitlicher Arbeitsversuch sei gescheitert. Zur Beurteilung, ob insbesondere gesundheitliche Einschränkungen einer Erwerbstätigkeit entgegenstehen, ist das Gericht auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes oder der Ärztin ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die betroffene Person arbeitsunfähig ist (BGE 132 V 99 Erw. 4, 125 V 261 Erw. 4). Damit eine bloss pauschale Bestreitung nicht genügt, um Tatsachen beweisbedürftig zu machen (Art. 150 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 222 Abs. 2 ZPO), die Gegenstand einer Parteibehauptung oder eines Parteigutachtens bilden, muss die Behauptung bzw. das Gutachten substantiiert sein (vgl. BGE 141 III 433 Erw. 2.6). Hinsichtlich des Beweiswerts eines solchen Arztberichts ist entscheidend, ob dieser für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist und in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge sowie der medizinischen Situation einleuchtet. Ausserdem ist zu berücksichtigen, ob die Schlussfolgerungen des Arztes begründet sind (BGE 134 V 231 Erw. 5.1, 125 V 351 Erw. 3a). Es ist dabei nicht willkürlich, wenn (u.a.) berücksichtigt wird, dass von den Parteien vorgelegte ärztliche Atteste Bestandteil der Parteivorbringen und nicht eigenliche Beweismittel sind (BGE 5A_239/2017 Erw. 2.4; BGE 141 III 433 Erw. 2.6, 140 III 24 Erw. 2.5). Es darf auch die Erfahrungstatsache berücksichtigt werden, dass behandelnde Ärzte aufgrund ihrer auftragsrechtlichen Vertrauensstellung eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen (vgl. BGE 125 V 351 Erw. 3b/cc). Berichte von Spezialisten (z.B. psychologischen Fachpersonen) haben sodann ein höheres Gewicht als diejenigen von Allgemeinpraktikern. Der Beklagte hat Arbeitsunfähigkeits-Zeugnisse für den Zeitraum vom 10. März 2022 bis 8. April 2022 (100 %), vom 19. bis 29. April 2022 (50 %), vom 22. April 2022 bis 8. Mai 2022 (100 %) und vom 21. Juli 2022 bis 18. September 2022 zufolge "Krankheit" eingereicht (Beilage zur Eingabe vom 19. September 2022). Sie

wurden ausgestellt von pract. med. F., Dr. med. G., Fachärztin für Allgemeine Innere Medizin, Dr. med. H., Fachärztin für Allgemeine Innere Medizin; keine dieser behandelnden Ärztinnen des I. verfügt über einen psychiatrischen Facharztstitel. Im Weiteren fehlen eine klare und begründete Diagnose sowie schlüssige Darlegungen zur Arbeitsfähigkeit des Beklagten hinsichtlich seiner konkreten Tätigkeit (vgl. etwa "Detailliertes Arbeitsunfähigkeitszeugnis Nordwestschweiz", siehe: www.aargauer-aerzte.ch/files/2814/2503/5154/AAV_AUZ_Detailliertes_Zeugnis.pdf/). Eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit des Beklagten ist somit nicht glaubhaft gemacht.

- 18 -

E. 3.5

Es folgte eine weitere Eingabe der Klägerin vom 31. August 2022, zu welcher sich der Beklagte mit Eingabe vom 19. September 2022 äusserte. Das Obergericht zieht in Erwägung: 1.

E. 3.5.1.1

Die Vorinstanz berücksichtigte im Existenzminimum des Beklagten Arbeitswegkosten von Fr. 72.60 und Kosten für den Parkplatz von Fr. 40.00. Sie erwog (Erw. 4.6.4.2. des angefochtenen Entscheids), der Beklagte gehe mit dem Auto zur Arbeit, er arbeite zum Teil auch in Nachtschichten, daher werde das Auto als Kompetenzgut angesehen und auch der Parkplatz von Fr. 40.00 angerechnet. Der Arbeitsweg nach R. betrage ca. 7.92 km hin und zurück, was gemäss praxisüblicher Berechnung zu einem Betrag für Arbeitswegkosten von Fr. 72.60 führe (7.92 km x Fr. 0.50 x 220 Arbeitstage / 12 Monate).

E. 3.5.1.2

3.5.1.2.1. Die Klägerin macht geltend (Berufung S. 16 f.), es seien nur Fr. 15.00 als Arbeitswegkosten anzurechnen. Die Vorinstanz habe im Scheidungsverfahren in der Verfügung vom 7. Juli 2020 festgehalten, dass der Arbeitsweg

E. 3.5.1.3

Vor Vorinstanz führte der Beklagte aus, auch der Arbeitsweg der Klägerin liege unter 10 km und könne gemäss Praxis des Bezirksgerichts Q. mit dem Velo zurückgelegt werden (act. 41). Damit hat der Beklagte eingestanden, dass seinem Fahrzeug kein Kompetenzcharakter zukommt (vgl. Ziff. II.4 der SchKG-Richtlinien), nachdem sein eigener Arbeitsweg vom [...] in R. zur E. AG in S. ebenfalls weniger als 10 km beträgt. Die Vorinstanz betrachtete das Fahrzeug der Klägerin aufgrund ihrer Rückenbeschwerden als Kompetenzgut (Erw. 4.5.4.2. des angefochtenen Entscheids), obwohl die Klägerin in der persönlichen Befragung ausführte (act. 91), mit dem ÖV würde es "auch gehen" und aus den von ihr eingereichten medizinischen Unterlagen (Klagebeilagen 12-15) nicht hervorgeht, dass sie den Arbeitsweg aufgrund ihrer Rückenbeschwerden nur mit dem Auto zurücklegen kann. Der Kompetenzcharakter des Fahrzeugs der Klägerin ist somit ebenfalls nicht glaubhaft gemacht, was vom Beklagten aber nicht

- 19 - beanstandet worden ist. Da der Beklagte unbestrittenermassen im Schichtbetrieb arbeitet und zudem genügend Mittel vorhanden sind, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Fahrzeug des Beklagten als Kompetenzgut betrachtet bzw. die entsprechenden Parkplatz- und Arbeitswegkosten in seinem Bedarf berücksichtigt hat. Gemäss google.ch/maps beträgt die Strecke vom [...] in S. zur E. AG in Buchs 3.3 km.

Analog der insoweit unbestritten gebliebenen Berechnung der Vorinstanz ergeben sich demzufolge Arbeitswegkosten von Fr. 60.50 (6.6 km x Fr. 0.50 x 220 Arbeitstage / 12 Monate), welche im Bedarf des Beklagten zu berücksichtigen sind.

E. 3.5.2.1

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können auch Kosten für die Schuldentilgung im Rahmen des sog. familienrechtlichen Existenzminimums berücksichtigt werden (vgl. dazu BGE 147 III 265 Erw. 7.2). Voraussetzung ist, dass die Schulden vor Aufhebung des gemeinsamen Haushalts eingegangen wurden und der Wert beiden Ehegatten weiterhin beziehungsweise bereits gemeinsam verbraucht wurde (BGE 5A_131/2007 Erw. 2.2; SCHWENZER/RAVEANE, in: FamKommentar Scheidung, 4. Aufl., Bern 2022, N. 104b zu Art. 125 ZGB; HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, Rz. 02.43), nicht aber, wenn sie einzig im Interesse einer Partei liegen, es sei denn, beide würden solidarisch haften (BGE 5A_453/2009 Erw. 4.3.2, 5C.70/2004 Erw. 3.3.5.2.). Entscheidend ist danach einzig, dass die eingegangene Schuld nicht bloss einem Ehegatten diene, sondern für den Unterhalt beider Ehegatten eingesetzt wurde (BGE 5A_452/2010 Erw. 3.2). Schuldverpflichtungen werden so dann nur berücksichtigt, wenn tatsächlich Abschlagszahlungen geleistet werden (AGVE 1986, S. 26).

E. 3.5.2.2

Der Beklagte macht geltend (Berufungsantwort S. 11), es seien auch die Schuldentrückzahlungen in seinem Bedarf zu berücksichtigen. Aus dem von ihm eingereichten, selbst erstellten Dokument (Berufungsantwortbeilage 3), soweit es novenrechtlich überhaupt beachtlich wäre, geht hervor, dass er bis im Mai 2021 Schuldentrückzahlungen geleistet hat. Im vorliegenden Präliminarverfahren ist seine Unterhaltsverpflichtung aber erst ab 10. Mai 2021 festzusetzen. Abgesehen davon, dass die Klägerin bestritten hat, dass der Beklagte regelmässige Abschlagszahlungen leistet und dass es sich bei den Schulden um relevante eheliche Schulden handelt (act. 86, 93), können die vom Beklagten geltend gemachten, im Übrigen aber nicht bezifferten Tilgungsraten daher nicht in seinem familienrechtlichen Existenzminimum berücksichtigt werden.

- 20 -

E. 3.5.3

Der vom Beklagten geltend gemachte Betrag von Fr. 400.00 für den Volljährigenunterhalt (Berufungsantwort S. 12) kann ebenfalls nicht berücksichtigt werden, da dieser dem ehelichen Unterhalt nachgeht und im vorliegenden Verfahren nicht relevant ist (Erw. 3.3.1.2. vorstehend).

E. 3.6.1

Die Vorinstanz rechnete der Klägerin ab März 2022 ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 4'364.35 basierend auf einem 100%-Pensum an. Sie erwog (Erw. 4.8.2. des angefochtenen Entscheids), im Bericht der J. vom 28. Juli 2020 werde ausgeführt, dass im Herbst 2020 eine Fazettengelenksinfiltration wiederholt werde, welche im Jahr 2016 erfolgreich gewesen sei, und momentan aufgrund der starken Beschwerden keine Steigerung der Arbeitsfähigkeit denkbar sei. Vom 29. April 2021 bis 9. Mai 2021 sei die Klägerin sodann 100% arbeitsunfähig gewesen. Der Bericht der J. sei älter als ein Jahr. Ein neueres Arztzeugnis, das eine Arbeitsfähigkeit von nur 80% bestätige, sei nicht ins Recht gelegt worden. Es sei daher davon auszugehen, dass die Klägerin – nach einer

coronabedingten Übergangsfrist – 100% arbeitsfähig sei. Momentan sei es für die Unternehmen schwierig, weitere Stellenprozente anzubieten. Im März 2022 werde sich die Situation aber wieder etwas beruhigt haben.

E. 3.6.2.1

Die Klägerin macht geltend (Berufung S. 19 ff.), sie sei aufgrund von Rückenbeschwerden seit Februar 2016 nie 100% arbeitsfähig gewesen. Der von ihr mit dem Präliminargesuch eingereichte Bericht der J. vom 28. Juli 2020 sei noch kein Jahr alt gewesen, weiter habe sie ein Gutachten beantragt für den Fall, dass Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 20% bestünden. Zudem hätte das Gericht ein neues Arztzeugnis verlangen müssen, wenn es "dieses" als zu alt erachte. Die Ausführungen der Vorinstanz seien sodann ohne irgendwelche konkreten Erhebungen oder Abklärungen bei der Arbeitgeberin erfolgt und willkürlich. Eine Aufstockung des Pensums auf 100% sei nicht möglich. Im November 2021 habe sie ihre Stimme verloren und könne bis heute nur in der Kopfstimme sprechen. Es sei schwierig, sie zu verstehen. Vom 19. November bis 20. Dezember 2021 sei sie zu 100% krankgeschrieben gewesen. Seit dem 20. Dezember 2021 arbeite sie wieder. Sie sei bei der Arbeit allerdings stark eingeschränkt, da sie zu 100% im Telefonverkauf tätig gewesen sei und sie diese Arbeit nicht mehr wahrnehmen könne. Ab 21. Januar 2022 sei sie wieder zu 100% krankgeschrieben gewesen. Aktuell sei sie trotz der Stimmbeschwerden wieder einsatzfähig, jedoch nur für Aufgaben ohne Stimminsatz und somit nicht für die bisherige Tätigkeit. Die Ärzte hätten sie an das K. verwiesen, da sie der Meinung seien, die Belastung durch

- 21 - das Scheidungs- und Präliminarverfahren könnte Auslöser des Stimmverlusts sein. Es sei kein hypothetisches Einkommen anzurechnen.

E. 3.6.2.2

Der Beklagte hält dem entgegen (Berufungsantwort S. 12), die Klägerin verfüge über kein einziges Arztzeugnis, welches eine reduzierte Arbeitsfähigkeit aufgrund der geltend gemachten Rückenbeschwerden bescheinige. Soweit die Klägerin neu eine Arbeitsunfähigkeit geltend mache, weil sie im November 2021 ihre Stimme verloren habe, vermöchten solche mehr als vier Jahre nach der Trennung aufgetretenen gesundheitlichen Beschwerden keinen Unterhaltsanspruch zu begründen. Die eingereichten ärztlichen Zeugnisse bescheinigten zudem explizit eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit für Arbeiten ohne Belastung der Stimme. Die Pflicht zur Ausdehnung des Arbeitspensums bestehe seit Ende 2017. Aufgrund der aktuellen gesundheitlichen Probleme müsse sich die Klägerin beruflich ohnehin neu orientieren. Im Detailhandel, in der Logistik oder Reinigungsbranche würde die Stimme nicht so belastet wie im Telefonverkauf. Ab März 2022 sei der Klägerin daher ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'364.35 anzurechnen.

E. 3.6.3.1

Für die Bemessung von Unterhaltsbeiträgen ist grundsätzlich das tatsächlich erzielte Einkommen massgebend. Es kann aber ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 143 III 233 Erw. 3.2). Ab dem Zeitpunkt der Scheidung - gemäss Rechtsprechung sogar ab dem Trennungszeitpunkt, wenn keine vernünftige Aussicht auf Wiederaufnahme des Ehelebens mehr besteht - gilt das Primat der Eigenversorgung und damit grundsätzlich eine Obliegenheit zur (Wieder-)Eingliederung in den Arbeitsprozess. Bei der Eigenversorgungskapazität ist zu prüfen, was unter den konkreten Umständen an eigener

Erwerbstätigkeit zumutbar ist, und in tatsächlicher Hinsicht, was sich angesichts der konkreten Verhältnisse bei hinreichenden Anstrengungen effektiv als möglich erweist. Im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit ist zu bemerken, dass der unterhaltsverpflichtete Ehegatte seit jeher zur vollen Ausschöpfung seiner Erwerbskraft angehalten wurde, wenn dies zur Finanzierung von familienrechtlichen Unterhaltsleistungen erforderlich ist, und ihm ein hypothetisches Einkommen aufgerechnet wird, falls er seinen Verpflichtungen ungenügend nachkommt. Angesichts des Vorranges der Eigenversorgung muss der gleiche Massstab für die Eigenversorgungsobliegenheit des potentiell anspruchsberechtigten Teils gelten. Vom Grundsatz, wonach ein Vollzeitberuf als zumutbar gilt, ist abzuweichen, soweit der betreffende Teil gemeinsame Kinder betreut, denn hier bemisst sich die Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit nach Massgabe des Schulstufenmodells (dazu im Einzelnen BGE 144 III 481 Erw. 4.7.6 - 4.7.8). Bei den tatsächlichen Verhältnissen ist auf das Alter, die körperliche Gesundheit,

- 22 - die sprachlichen Kenntnisse, die bisherigen Tätigkeiten, die bisherigen und die für den Wiedereinstieg zumutbaren Aus- und Weiterbildungen, die persönliche Flexibilität, die Lage auf dem Arbeitsmarkt u.Ä.m., mithin generell auf die konkreten Chancen abzustellen, in einem bestimmten Bereich, welcher nicht zwingend dem früheren Tätigkeitsfeld entsprechen muss, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Es dürfen vor dem Hintergrund der Maxime der Eigenversorgung alle zumutbaren Anstrengungen für eine berufliche (Wieder-) Eingliederung verlangt werden und es hat sich ein hypothetisches Einkommen anrechnen zu lassen, wer sich diesen verweigert (BGE 147 III 249 Erw. 3.4.4). Allerdings sind für die Erwerbsaufnahme Übergangsfristen zu gewähren, die durchaus grosszügig ausfallen können und sollen (BGE 144 III 481 Erw. 4.6, 147 III 308 Erw. 5.4). Im Übrigen ist für Zumutbarkeit, den Umfang und die Übergangsfrist nicht nur die Trennung als solche relevant, sondern sind auch die konkreten Umstände wie Ehedauer, Kinderbetreuung etc. mitzubeherrnsichtigen (BGE 5A_112/2020 Erw. 5.5).

E. 3.6.3.2

Die Unterhalt fordernde Partei hat zu beweisen, dass die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, mithin, dass es ihr nicht möglich bzw. unzumutbar ist, selbst für den ihr gebührenden Unterhalt zu sorgen, und dass dem anderen Ehegatten die Leistung des verlangten Unterhalts möglich ist (GLOOR/SPYCHER, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 7. Aufl., Basel 2022 [BSK ZGB], N. 43 zu Art. 125 ZGB; BGE 5A_1049/2019 Erw. 4.4, 5A_94/2011 Erw. 4.3). Der einen Unterhaltsanspruch geltend machende Ehegatte hat zudem auch alle Sachverhaltselemente darzulegen und zu beweisen, welche der Wiederaufnahme oder der Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit entgegenstehen. Behauptet demgegenüber ein Unterhaltspflichtiger, der Ehegatte könne entgegen dessen Behauptung sofort oder nach einer Umstellungsfrist ein bestimmtes Einkommen erzielen, hat dieser, was die tatsächliche Erzielbarkeit eines konkreten oder höheren Einkommens anbelangt, konkret zu behaupten, welche Tätigkeiten bzw. welche Stellen für den anderen Ehegatten, dem ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden soll, reell möglich sind (BÜCHLER/CLAUSEN, Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nachehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung, in: FamPra.ch 2015, S. 14 mit Hinweis auf BGE 5A_21/2012 Erw. 3.2 und HAUSHEER, Scheidungsunterhalt vor Bundesgericht, in: ZBJV 2011, S. 391; BÄHLER/DU BOIS, Die Eigenversorgung in der Praxis, in: SCHWENZER/BÜCHLER/FANKHAUSER, Siebte Schweizer Familienrechtstage,

23./24. Januar 2014, S. 93 f.).

E. 3.6.4.1

Streitig ist, ob es der Klägerin möglich und zumutbar gewesen wäre, ihr Arbeitspensum per 1. März 2022 von 80% auf 100% aufzustocken. Die Vorinstanz hat zu Recht festgestellt, dass auf den Bericht der J. vom

- 23 - 28. Juli 2020 (Klagebeilage 12) mangels Aktualität nicht abgestellt werden könne. Betreffend das Arbeitsunfähigkeitszeugnis vom 29. April 2021 (Klagebeilage 13), in welchem der Klägerin vom 29. April 2021 bis 9. Mai 2021 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert wurde, vermochte die diesbezüglich beweibelastete (Art. 8 ZGB) Klägerin ebenfalls nicht glaubhaft zu machen, dass sie aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage wäre, eine Arbeitstätigkeit auszuüben. Das eingereichte ärztliche Attest enthält weder eine aktuelle medizinische Diagnose noch auf konkrete Arbeitstätigkeiten bezogene Hinweise auf spezifische tatsächliche Beeinträchtigungen. Soweit die Klägerin die Auffassung vertritt, die Vorinstanz hätte selber ein neues Arztzeugnis einverlangen müssen, ist sie darauf hinzuweisen, dass es aufgrund ihrer Mitwirkungspflicht ihr obliegt, die erforderlichen tatsächlichen Grundlagen für die geltend gemachten Ansprüche darzutun und die Beweise für die vorgebrachten Tatsachen vorzulegen (Erw. 1.3. vorstehend). Die Untersuchungsmaxime schliesst nicht aus, bei fehlender Mitwirkung zum Nachteil der betreffenden Partei zu entscheiden (vgl. RÜETSCHI, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Bern 2012, N. 5 zu Art. 164 ZPO). Was das von der Klägerin beantragte Gutachten (act. 10) anbelangt, ist festzuhalten, dass im summarischen Verfahren grundsätzlich nur sofort greifbare Beweismittel zu berücksichtigen und keine weitläufigen Beweissmassnahmen, wie zeitintensive Expertisen oder Zeugenbefragungen, anzuordnen sind (Art. 254 ZPO; BGE 5A_972/2013 Erw. 6.2.3, 5P.201/2001 Erw. 3b). Die Vorinstanz hat daher zu Recht kein Gutachten angeordnet und es ist nicht zu beanstanden, dass sie von einer uneingeschränkten Arbeitsfähigkeit der Klägerin ausgegangen ist.

E. 3.6.4.2

Was den von der Klägerin geltend gemachten, im November 2021 aufgetretenen Verlust der Stimme anbelangt, wurde im Bericht von L. vom 20. Januar 2021 (Berufungsbeilage 9) als Befund eine hochgradige Heiserkeit, abwechselnd mit vollständiger Aphonie, erhoben und die Diagnose einer psychogen bedingten Aphonie und Dysphonie gestellt. In den Arbeitsunfähigkeitszeugnissen vom 22. November 2021, vom 29. November 2021, vom 2. Dezember 2021 (Berufungsbeilage 5) und vom 13. Januar 2022 (Berufungsbeilage 7) wurde der Klägerin eine Arbeitsunfähigkeit von 100% vom 19. November 2021 bis 30. November 2021, vom 1. Dezember 2021 bis 8. Dezember 2021, vom 9. Dezember 2021 bis 20. Dezember 2021 und vom 21. bis 27. Januar 2022 attestiert. Die Zeugnisse enthalten wiederum keine näheren Angaben über die Art der gesundheitlichen Einschränkungen und deren Auswirkungen auf eine spezifische Erwerbstätigkeit der Klägerin. Insofern genügen sie den Anforderungen der Rechtsprechung an eine beweiskräftige ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbeurteilung nicht, und es kann nicht darauf abgestellt werden. Im ärztlichen Zeugnis vom 13. Dezember 2021 (Berufungsbeilage 6) wurde bestätigt,

- 24 - dass die Klägerin vom 20. Dezember 2021 bis am 21. Januar 2021 auf Telefonate und längeres Sprechen verzichten sollte, Büroarbeit ohne Belastung der Stimme aber erlaubt sei. Im Arbeitsunfähigkeitszeugnis vom 2. Februar 2022 (Berufungsbeilage 8)

wurde die Klägerin vom 28. Januar 2022 bis am 28. Februar 2022 für 10% arbeitsunfähig erklärt und es wurde festgehalten, dass die Klägerin 100% arbeitsfähig für Aufgaben ohne Stimmeinsatz sei. Mit Eingabe vom 16. Mai 2022 reichte die Klägerin ein weiteres Arbeitsunfähigkeitszeugnis vom 19. April 2022 (Beilage 16) ein, in welchem sie vom 20. April 2022 bis 31. Mai 2022 für 30% arbeitsunfähig erklärt wurde und wonach eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit nur für Aufgaben ohne Stimmeinsatz bestand. Neue Beweismittel müssen ohne Verzug eingereicht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO). Unverzüglichkeit bedeutet, dass Noven im Regelfall innert 10 Tagen seit Kenntnis oder dem Zeitpunkt des Kennen-Müssens einzureichen sind (REETZ/HILBER, ZPO- Komm., a.a.O., N. 48 zu Art. 317 ZPO). Es ist davon auszugehen, dass die Klägerin das Zeugnis vom 19. April 2022 gleichentags erhalten hat und dieses am 16. Mai 2022 somit mit Verzug einreichte. Insoweit kann nicht darauf abgestellt werden. Der Beklagte bestreitet in der Berufungsantwort (S. 12) aber nicht, dass die Klägerin für Arbeitstätigkeiten mit Belastung der Stimme eingeschränkt ist, und er ist der Meinung, dass sich die Klägerin aus diesem Grund beruflich neu orientieren muss. Es kann daher als unbestritten bzw. glaubhaft erachtet werden, dass die Klägerin seit November 2021 bis Ende Mai 2022 unter einer Beeinträchtigung der Stimme litt und dementsprechend in der Arbeitsfähigkeit eingeschränkt war, sofern dafür ein Stimmeinsatz notwendig war. Der angefochtene Entscheid wurde der Klägerin in unbegründeter Form am 29. Oktober 2021 zugestellt (act. 110). Daraus ist ersichtlich, dass sich die Unterhaltsverpflichtung des Beklagten ab 1. März 2022 von Fr. 590.00 auf Fr. 190.00 reduziert. Der anwaltlich vertretenen Klägerin musste daher klar sein, dass sie ihre Eigenversorgungskapazität ab diesem Zeitpunkt erhöhen musste, auch wenn ihr der begründete Entscheid, in welchem die Vorinstanz explizit feststellte, die Klägerin sei ab 1. März 2022 wieder zu 100% arbeitsfähig, erst am 3. Februar 2022 zugestellt wurde (act. 133). Da aber glaubhaft ist, dass bei der Klägerin im November 2021 eine Beeinträchtigung der Stimme in Erscheinung getreten ist, und auch glaubhaft ist, dass es für sie schwierig war, zu sprechen (Berufung S. 21), konnte ihr unter diesen Umständen kaum zugemutet werden, sich um eine neue Stelle zu bewerben. Die Vorinstanz hat der Klägerin daher zu Unrecht ab 1. März 2022 ein hypothetisches Einkommen angerechnet, nachdem auch eine Aufstockung des Pensums bei der aktuellen Arbeitgeberin offenbar nicht möglich ist (Schreiben M. AG vom 9. Februar 2022, Berufungsbeilage 3). Soweit der Beklagte die Auffassung vertritt, dass die über vier Jahre nach der Trennung aufgetretenen gesundheitlichen Einschränkungen keinen Unterhaltsanspruch zu begründen vermöchten (Berufungsantwort S. 12, Eingabe vom 13. Juni 2022, S. 2), kann ihm nicht gefolgt werden: Vorliegend geht es nicht um naheheulichen, sondern um ehelichen Unterhalt, für welchen Art. 163 ZGB auch bei

- 25 - den vorsorglichen Massnahmen während des hängigen Scheidungsverfahrens die materielle Anspruchsgrundlage bildet (BGE 5A_112/2020 Erw. 6.2 mit Verweis auf BGE 145 III 169 Erw. 3.6; BGE 5A_912/2020 Erw. 3). Nach der Bestimmung von Art. 163 Abs. 1 ZGB sorgen die Ehegatten auch nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes (Art. 175 ZGB) gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie. Ob die gesundheitlichen Einschränkungen der Klägerin - in casu der im November 2021 manifest gewordene Verlust der Stimme - erst über vier Jahre nach der Trennung der Parteien aufgetreten sind, ist mit anderen Worten im Präliminarverfahren nicht von Belang.

E. 3.6.4.3

In der Eingabe vom 16. Mai 2022 reichte die Klägerin einen Bericht der N. vom 12. April 2022 ein (Beilage 12). Vorliegend ist fraglich, ob der Bericht vom 12. April 2022 ohne Verzug eingereicht wurde und als echtes Novum berücksichtigt werden kann. Die Frage kann aber offengelassen werden, da daraus nur ersichtlich ist, dass die Klägerin wegen akuter Rückenschmerzen am 12. Februar 2022 vorstellig wurde, diese aber am 12. April 2022 bereits regredient waren und ein weiterer Termin nicht vereinbart wurde, und das Arbeitsunfähigkeitszeugnis vom 21. Februar 2022 (Beilage 13 zur Eingabe vom 16. Mai 2022), in welchem die Klägerin vom 14. bis 21. Februar 2021 100% arbeitsunfähig erklärt wurde, auf jeden Fall verspätet eingereicht wurde und somit unbeachtlich ist. Auf die von der Klägerin in der Eingabe vom 16. Mai 2022 vorgebrachte Rücken- problematik muss daher nicht weiter eingegangen werden.

E. 3.6.4.4

Ebenfalls mit Eingabe vom 16. Mai 2022 verurkundete die Klägerin ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis der O. vom 2. Mai 2022 (Beilage 14), gemäss welchem diese sich seit dem 21. März 2022 in ambulanter psychiatrischer Behandlung befindet, durch Konzentrationsschwierigkeiten und verminderte Belastbarkeit eingeschränkt und aktuell nicht in der Lage sei, eine 100%-ige Arbeitsfähigkeit zu erbringen. Im ärztlichen Zeugnis der O. vom 21. März 2022 (Beilage 15 zur Eingabe vom 16. Mai 2022) wurde der Klägerin vom 22. März 2022 bis am 12. April 2022 eine 50%-ige Arbeitsunfähigkeit attestiert. Dieses Zeugnis wurde verspätet eingereicht und kann nicht berücksichtigt werden, ist aber insoweit nicht weiter von Belang, als die Klägerin eine Arbeitsfähigkeit von 80% als Mitarbeiterin in einem Call-Center anerkennt und ihr die Vorinstanz zu Unrecht bereits ab 1. März 2022 ein hypothetisches Einkommen basierend auf einer Erwerbstätigkeit von 100% angerechnet hat. In der Eingabe vom 8. Juni 2022 machte die Klägerin geltend, sie werde am 13. Juli 2022 stationär in die P. eintreten, und die Behandlung werde voraussichtlich sechs Wochen dauern. Mit Eingabe vom 31. August 2022 brachte sie vor, der Aufenthalt sei am 24. August 2022 zu Ende gegangen. Sie verurkundete gleichzeitig ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis der P. vom 23. August 2022 (Beilage 19 zur

- 26 - Eingabe vom 31. August 2022), in welchem Dr. med. AA., FMH Psychiatrie und Psychotherapie, bestätigt, dass die Klägerin aufgrund ihrer gründlichen klinischen Beobachtung und Diagnostik im stationären Rahmen über mehrere Wochen dauerhaft bis Eintritt ins Pensionsalter wegen einer progredient verlaufenden chronischen Erkrankung mit deutlichen somatischen Symptomen nicht mehr als maximal 80% arbeitsfähig sei. Auch diese Beurteilung der Arbeitsfähigkeit genügt den Anforderungen der Rechtsprechung nicht, da Dr. med. AA. keine näheren Angaben zur Art der gemäss ihrer Beurteilung offenbar invalidisierenden gesundheitlichen Einschränkungen und deren Auswirkungen auf konkrete Arbeitstätigkeiten macht. Es ist folglich davon auszugehen, dass die Klägerin entgegen ihrer Behauptungen in gesundheitlicher Hinsicht in der Lage ist, ein volles Erwerbsspensum (100%) auszuüben.

E. 3.6.4.5

Die Vorinstanz bestimmte das hypothetische Einkommen der Klägerin, in- dem sie das aktuell in einem 80%-Pensum erzielte Einkommen von monat- lich netto Fr. 3'491.50 auf ein 100%-Pensum hochrechnete, was ein Ein- kommen von monatlich netto Fr. 4'364.35 ergibt (Erw. 4.8.2. des angefoch- tenen Entscheids). Die Arbeitgeberin der Klägerin, die M. AG, hat in einem Schreiben vom 9. Februar 2022 (Berufungsbeilage 3) bestätigt, dass die

Klägerin das Arbeitspensum von 80% in Zukunft nicht erhöhen könne. Die Klägerin ist somit angehalten, sich eine neue Arbeitsstelle in einem 100%- Pensum oder eine zusätzliche Teilzeitanstellung im Umfang von 20% zu suchen. Dass die Klägerin immer noch bzw. auch nach dem 31. Mai 2022 unter einem Verlust der Stimme leidet, ist von ihr nicht glaubhaft gemacht worden. Es ist daher davon auszugehen, dass die Klägerin weiterhin im Telefonverkauf arbeiten kann. Auch wenn eine Aufstockung des Arbeitspensums beim bisherigen Arbeitgeber nicht möglich ist, ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das aktuell erzielte Einkommen als Mitarbeiterin in einem Call-Center für die Bestimmung des hypothetischen Einkommens herangezogen hat. Der Klägerin ist das hypothetische Einkommen von Fr. 4'364.35 ab 1. Januar 2023 anzurechnen, nachdem der Klägerin spätestens seit Einreichung der Scheidungsklage durch den Beklagten im März 2020 bekannt sein muss, dass sie ihre Eigenversorgungskapazität zu erhöhen hat.

E. 3.7

Nach dem Gesagten ist von folgenden Einkommens- und Bedarfswerten der Parteien auszugehen: Einkommen Klägerin: Fr. 3'491.50 bzw. Fr. 4'364.35 ab 1. Januar 2023
Einkommen Beklagter: Fr. 6'004.10 Familienrechtliche Existenzminima Klägerin (ohne Steuern; vgl. dazu Erw. 4.2. nachstehend):

- 27. Mai 2021 bis 31. Dezember 2022: Fr. 2'816.45 (neu: VVG-Prämie: Fr. 42.05; Kommunikations- und Versicherungspauschale: Fr. 150.00) bzw. Fr. 2'887.90 ab 1. Januar 2023. Familienrechtliches Existenzminimum Beklagter (ohne Steuern, vgl. dazu Erw. 4.2. nachstehend): Fr. 3'201.00 (neu: Arbeitswegkosten: Fr. 60.50; VVG-Prämie: Fr. 40.50; Kommunikations- und Versicherungspauschale: Fr. 150.00)

E. 4

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten Gesuchsgegner."

E. 4.1

Bei der (vorliegend zur Anwendung gelangenden) Methode der Existenzminima mit Überschussverteilung werden die vorhandenen Ressourcen (effektive oder hypothetische Einkommen) auf die beteiligten Familienmitglieder dahingehend verteilt, dass in einer bestimmten Reihenfolge (Barunterhalt, Betreuungsunterhalt der Kinder, ehelicher und nachehelicher Unterhalt) das betriebsrechtliche bzw. bei genügenden Mitteln das sog. familienrechtliche Existenzminimum (zu welchem typischerweise die Steuern, eine Kommunikations- und Versicherungspauschale, den finanziellen Verhältnissen entsprechende statt am betriebsrechtlichen Existenzminimum orientierte Wohnkosten, über die obligatorische Grundversicherung hinausgehende Krankenkassenprämien oder private Vorsorgeaufwendungen von Selbständigen gehören) der Beteiligten gedeckt und alsdann ein verbleibender Überschuss nach der konkreten Situation ermessensweise verteilt wird. Der Überschuss wird grundsätzlich zwischen den Eltern und den minderjährigen Kindern nach "grossen und kleinen Köpfen" verteilt, zu berücksichtigen sind aber "überobligatorische Arbeitsanstrengungen" (BGE 147 III 265 Erw. 7.3).

E. 4.2

Es ergeben sich folgende Unterhaltsansprüche der Klägerin: 10. Mai 2021 bis 31. Dezember 2022: Fr. 512.00 (fam.rechtl. Existenzminimum Fr. 2'816.45 + **Steuern Fr. 194.00 + *Überschussanteil Fr. 993.00 [Einkommen Klägerin Fr. 3'491.50 + Einkommen Beklagter

Fr. 6'004.10 ./ fam.rechtl. Existenzminimum Klägerin Fr. 2'816.45 ./ fam.rechtl. Existenzminimum Beklagter Fr. 3'201.00 ./ Steuern Klägerin Fr. 194.00 ./ **Steuern Beklagter Fr. 547.40] ./ Einkommen Fr. 3'491.50) Ab 1. Januar 2023: Fr. 112.00 (fam.rechtl. Existenzminimum Fr. 2'887.90 + **Steuern Fr. 194.00 + *Überschussanteil Fr. 1'394.00 [Einkommen Klägerin Fr. 4'364.35 + Einkommen Beklagter Fr. 6'004.10 ./ fam.rechtl. Existenzminimum Klägerin Fr. 2'887.90 ./ fam.rechtl. Existenzminimum Beklagter Fr. 3'201.00 ./ Steuern Klägerin Fr. 194.00 ./ **Steuern Beklagter Fr. 547.40] ./ Einkommen Fr. 4'364.35)

- 28 - *Vom Überschuss von Fr. 2'736.75 bzw. von Fr. 3'538.15 in der zweiten Phase ist vorweg der Nebenerwerb des Beklagten von Fr. 750.00 (Erw. 3.4.2.3. vorne) in Abzug zu bringen. Auf den danach noch verbleiben- den Überschuss von Fr. 1'986.75 in der ersten Phase bzw. von Fr. 2'788.15 in der zweiten Phase hat die Klägerin Anspruch auf die Hälfte (Fr. 993.00 bzw. Fr. 1'394.00). **Die Vorinstanz bestimmte die Steuern für die Klägerin mit Fr. 194.00 und für den Beklagten mit Fr. 378.00 (Erw. 4.7.1. und 4.8.3. des angefochtenen Entscheids). Die Steuerbelastung der Klägerin ist unbeanstandet geblieben, weshalb in ihrem familienrechtlichen Existenzminimum weiterhin Steuern von Fr. 194.00 pro Monat einzusetzen sind. Der Beklagte macht geltend (Berufungsantwort S. 10), seine Steuern seien mit Fr. 547.40 pro Monat belegt (für die Phase ab März 2022 macht der Beklagte einen Betrag von Fr. 741.40 geltend, vgl. Berufungsantwort S. 13). Dazu ist zu sagen, dass keine genaue Bestimmung, sondern nur eine Schätzung möglich ist, da bei der Berechnung nur vom mutmasslichen Resultat der Unterhaltsbe- rechnung ausgegangen werden kann (BRÄM/HASENBÖHLER, a.a.O., N. 118A zu Art. 163 ZGB). Der Beklagte hat im Scheidungsverfahren die provisorische Steuerrechnung 2020 (Beilage 6 zur Eingabe vom 14. April 2021 [OF.2020.41]) verurkundet. Gemäss dieser provisorischen Steuerrechnung wurde ein steuerbares Einkommen von Fr. 55'000.00 veranlagt und es wurden Staats- und Gemeindesteuern von Fr. 6'393.30 sowie Bundessteuern von Fr. 576.90, insgesamt somit Fr. 6'970.10, in Rechnung gestellt, was einen monatlichen Betrag von Fr. 580.85 ergibt. Da der Beklagte der Klägerin im Jahr 2020 unbestrittenermassen Unterhaltsbeiträge von mindestens Fr. 906.00 (ohne Ausbildungszulagen) bezahlte (Berufung S. 7), und sich seine Unterhaltsverpflichtung ab dem 10. Mai 2021 reduzierte, sind die vom Beklagten geltend gemachten Steuern von Fr. 547.40 glaubhaft. Da die Steuern der Klägerin für beide Berechnungsphasen mangels Beanstandung durch die Parteien gleich bleiben, hat es auch beim Beklagten für die zweite Berechnungsphase mit einem Betrag von Fr. 547.40 sein Bewenden.

E. 4.3

In der Verfügung vom 9. Juni 2022 im Scheidungsverfahren (OF.2020.41) wurde festgehalten, dass die Urteilsfällung nach dem Entscheid des Obergerichts erfolge. Es ist daher davon auszugehen, dass das Scheidungsurteil mutmasslich noch in diesem Jahr gefällt werden wird. Die vom Obergericht berechneten Unterhaltsbeiträge (Fr. 512.00 bis Ende 2022, Fr. 112.00 ab Januar 2023) stellen daher für die Klägerin ein teilweises Obsiegen dar, weshalb sie auch unter Berücksichtigung der Dispositionsmaxime so festzusetzen sind (vgl. BGE 5A_865/2015 Erw. 3).

- 29 -

E. 5.1

Gemäss Lehre und der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen schon erbrachte Unterhaltsleistungen in Abzug zu bringen (HAUSHEER/REUSSER/ GEISER, a.a.O., N. 23 zu Art. 173 ZGB; ISENRING/KESSLER, BSK ZGB, a.a.O., N. 11 zu Art. 173 ZGB; BRÄM/HASENBÖHLER, a.a.O., N. 150 zu Art. 163 ZGB; BGE 135 III 315), d.h. es ist zunächst die Höhe des Unterhaltsanspruchs zu berechnen und alsdann unter Berücksichtigung von bereits erbrachten Leistungen der noch zu bezahlende Betrag festzulegen und zuzusprechen. Die Erhebung der bisherigen Leistungen bildet somit Teil der (rückwirkenden) Unterhaltsregelung. Als Unterhaltszahlungen können nur Leistungen angerechnet werden, die "Unterhaltscharakter" haben bzw. die Gegenstand der Unterhaltsverpflichtung sind, die mit dieser Anrechnung als erfüllt erklärt wird.

E. 5.2

Die Vorinstanz qualifizierte bereits geleistete Zahlungen des Beklagten vom 26. Januar 2021 über Fr. 1'406.00, vom 26. Februar 2021 über Fr. 1'406.00, vom 26. März 2021 über Fr. 1'406.00, vom 26. April 2021 über Fr. 1'406.00, vom 26. Mai 2021 über Fr. 1'406.00 und vom 25. Juni 2021 über Fr. 1'000.00 als solche mit Unterhaltscharakter (Erw. 5.3. des angefochtenen Entscheids).

E. 5.3

Die Klägerin macht geltend (Berufung S. 23 ff.), der Beklagte habe pro Monat Ausbildungszulagen von Fr. 500.00 bezogen. Diese stünden den Kindern zu und stellten keinen Unterhalt der Klägerin dar. Es sei unzulässig, sämtliche Zahlungen mit Unterhaltscharakter an die Klägerin zu qualifizieren. Es seien somit jeden Monat Fr. 500.00 abzuziehen. Aus der Trennungsvereinbarung vom 6. September 2017 (Klagebeilage 2 [OF.2020.41]; Ziff. 4) ist ersichtlich, dass in den vereinbarten Unterhaltsbeiträgen von Fr. 1'406.00 Kinderzulagen mitenthalten sind. Da die Familien- und Ausbildungszulagen für den Unterhalt des Kindes bestimmt sind, qualifizierte die Vorinstanz die vom Beklagten geleisteten Zahlungen von Fr. 1'406.00 bzw. von Fr. 1'000.00 somit zu Unrecht in der ganzen Höhe als Unterhaltszahlungen, was auch der Beklagte anerkennt (Berufungsantwort S. 14). Für den im vorliegenden Verfahren relevanten Zeitraum ab 10. Mai 2021 sind daher die Zahlungen vom 26. April 2021 (pro rata temporis mit Fr. 642.90) sowie vom 26. Mai 2021 in der Höhe von Fr. 906.00 und die Zahlung vom 25. Juni 2021 in der Höhe von Fr. 500.00 als anrechenbare Unterhaltszahlungen zu qualifizieren.

- 30 -

E. 6.1

Die Klägerin beantragt in der Berufung, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 4'000.00 zu bezahlen. Auf diesen zum ersten Mal im Berufungsverfahren gestellten Antrag kann mangels funktioneller Zuständigkeit des Obergerichts nicht eingetreten werden. Zuständig dafür wäre als erste Instanz das Bezirksgericht.

E. 6.2.1

Eventualiter beantragt die Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege.

E. 6.2.2

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechts- pflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechts- begehren nicht aussichtslos erscheint. Für die Beurteilung der Mittellosig- keit sind sowohl die Einkommens- als auch die Vermögensverhältnisse des Gesuchstellers zu prüfen (RÜEGG, in: Basler Kommentar zur Schweizeri- schen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N. 7 zu Art. 117 ZPO). Das Gericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, was den Gesuchsteller aber nicht davon entbindet, seine finanzielle Situation voll- umfänglich offenzulegen (BGE 4A_466/2009 Erw. 2.3). Kommt der Ge- suchsteller seiner Pflicht nicht nach, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen werden (BGE 5A_6/2017 Erw. 2, 4D_69/2016 Erw. 5.4.3, 5A_463/2016 Erw. 2.2). Ein anwaltlich vertretener Gesuchstel- ler hat für alle seine Behauptungen Belege unaufgefordert einzureichen. Unterlässt er dies, ist ihm keine Nachfrist anzusetzen (AGVE 2002 Nr. 17 S. 68 f.). Massgebend ist der Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (BGE 135 I 221 Erw. 5.1), wobei bis zur Gesuchsentscheidung eingetretene Verän- derungen jedenfalls für die Zukunft berücksichtigt werden können (AGVE 2006 S. 37 ff.). Zu berücksichtigen sind dabei nur die effektiv vor- handenen und verfügbaren oder wenigstens realisierbaren eigenen Mittel des Gesuchstellers (BGE 118 Ia 371 Erw. 4b); jede hypothetische Einkom- mens- oder Vermögensaufrechnung ist grundsätzlich unzulässig (EMMEL, ZPO-Komm., a.a.O., N. 5 zu Art. 117 ZPO; BÜHLER, Die Prozessarmut, in: Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessfüh- rung, Bern 2001, S. 137 f. und 148). Die Einkommens- und Vermögenssi- tuation des Gesuchstellers ist in Beziehung zur Höhe der mutmasslich an- fallenden Prozesskosten zu setzen und es ist zu prüfen, ob er in der Lage ist, die zu erwartenden Prozesskosten aus seinem Vermögen oder seinem den zivilprozessualen Zwangsbedarf übersteigenden Einkommensüber- schuss innert absehbarer Zeit, bei weniger aufwändiger Prozessen innert Jahresfrist, bei anderen innert zweier Jahre, zu tilgen (BGE 135 I 223 f. Erw. 5.1, mit Hinweisen). Nach der Praxis des Obergerichts setzt sich der sogenannte zivilprozessuale Zwangsbedarf aus dem gemäss den SchKG- Richtlinien errechneten betriebsrechtlichen Notbedarf, einem Zuschlag

- 31 - von 25% auf dem betriebsrechtlichen Grundbetrag (AGVE 2002, S. 65 ff.) sowie den laufenden Schuld- und Steuerverpflichtungen - sofern deren regelmässige Tilgung nachgewiesen ist - zusammen. Schulden ge- genüber Dritten (unter Vorbehalt von Steuerschulden [BGE 135 I 225 Erw. 5.2.1]) werden aber nur berücksichtigt, wenn diese in einem unmittel- baren Zusammenhang mit dem Grundbedarf (z.B. Abzahlung von Kompe- tenzgütern) oder der Aufrechterhaltung der Erwerbsfähigkeit stehen (BGE 5A_707/2009 Erw. 2.1 mit Hinweisen). Die aus der ehelichen Unterhalts- bzw. Beistandspflicht abgeleitete Pro- zesskostenvorschusspflicht geht dem Anspruch auf unentgeltliche Rechts- pflege vor (BGE 119 Ia 12 Erw. 3a; BGE 5A_455/2010 Erw. 2.2). Die Zu- sprechung eines Prozesskostenvorschusses setzt voraus, dass der Ehe- gatte, der ihn verlangt, für die Finanzierung des Prozesses auf den Bei- stand des anderen angewiesen ist und dass der angesprochene Ehegatte zur Leistung des Vorschusses in der Lage ist. Zur Beurteilung dieser Frage werden die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 117 ZPO) geltenden Grundsätze herangezogen.

E. 6.2.3

Abgesehen davon, dass die Bedürftigkeit der Klägerin mit Blick auf ihren Überschuss von monatlich Fr. 993.00 (Erw. 4.2. vorstehend) nicht gegeben ist, geht offenbar auch die Klägerin davon aus, dass der Beklagte prozess- kostenvorschusspflichtig ist. Sie wäre

gehalten gewesen, bei der sachlich und funktionell zuständigen Instanz ein entsprechendes Gesuch zu stellen, was sie nicht getan hat. Solange über die Prozesskostenvorschusspflicht des Ehegatten Ungewissheit besteht (BGE 119 Ia 12 Erw. 3a; BGE 5A_455/2010 Erw. 2.2), gilt ein Gesuchsteller nicht als bedürftig. Die Bedürftigkeit der Klägerin im Sinn von Art. 117 lit. a ZPO ist nach dem Gesagten somit nicht ausgewiesen. Ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist folglich abzuweisen.

E. 7

Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Vollständige Auferlegung der Prozesskosten an eine Partei erfolgt, wenn die andere Partei mit ihren Rechtsbegehren vollständig durchgedrungen ist (JENNY, ZPO-Komm., a.a.O., N. 6 zu Art. 106 ZPO). Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei als unterliegend. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Beim gegebenen Ausgang des Verfahrens – die Klägerin obsiegt mit ihrer Berufung zu rund 20% - ist die obergerichtliche Spruchgebühr zu 80% der Klägerin und zu 20% dem Beklagten aufzuerlegen. Die Klägerin ist zudem zu verpflichten, dem Beklagten 60% seiner richterlich auf (gerundet) Fr. 1'970.00 (Grundentschädigung für durchschnittliches Verfahren

- 32 - Fr. 2'500.00 [§ 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AnwT; AGVE 2002 S. 78]; Zuschläge von 10% resp. 5% für die Eingabe vom 14. Juni 2022 resp. die Eingabe vom 19. September 2022 [§ 6 Abs. 3 AnwT]; tarifgemässe Abzüge [20%, keine Verhandlung, § 6 Abs. 2 AnwT; 25%, Rechtsmittelabzug, § 8 AnwT]; Auslagen von pauschal Fr. 50.00 und 7.7% Mehrwertsteuer) festzusetzenden Parteientschädigung zu bezahlen. Das Obergericht erkennt: 1.

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