

# ZH\_GERICHTE LP100095 vom 16. September 2010

Zh Gerichte, 2010-09-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_gerichte\\_LP100095](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_LP100095)

FR: ZH\_GERICHTE LP100095 du 16 septembre 2010

IT: ZH\_GERICHTE LP100095 del 16 settembre 2010

## Regeste

Eheschutz (Unterhaltsbeiträge) Rekurs gegen eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 16. September 2010 (EE100254)

## Erwägungen

### E. 1

Am 10. Juni 2010 stellte die Klägerin und Rekurrentin (nachfolgend Klägerin) beim Bezirksgericht Zürich ein Gesuch um Regelung des Getrenntlebens. Gleichzeitig beantragte sie die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses und eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Vi Urk. 1). Anlässlich der am 27. August 2010 durchgeführten Hauptverhandlung schlossen die Parteien eine Teilvereinbarung über die Getrenntlebensfolgen (Prot. I S. 18; Vi Urk. 14). Strittig blieb, ob und in welchem Betrag der Beklagte und Rekursgegner (nachfolgend Beklagter) Beiträge an den Unterhalt der Klägerin zu bezahlen hat. Mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 16. September 2010 wurde das erstinstanzliche Verfahren abgeschlossen (Vi Urk. 20 = Urk. 3). Die Vorinstanz wies das Gesuch der Klägerin um Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses ab, bewilligte ihr dagegen die unentgeltliche Prozessführung unter Beiordnung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin (Urk. 3 S. 21 Dispositiv-Ziffern 1 und 2). Sodann nahm die Vorinstanz vom Getrenntleben der Parteien seit Mitte November 2009 Vormerk, ordnete zwischen ihnen die Gütertrennung per 27. August 2010 an und genehmigte im Übrigen deren Teilvereinbarung über die Folgen des Getrenntlebens (Urk. 3 S. 21 f. Dispositiv-Ziffern 4-6). Über die Unterhaltspflicht entschied die Vorinstanz schliesslich wie folgt (Urk. 3 S. 22 Dispositiv-Ziffer 7): "7. a) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin folgende, monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbaren Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- Fr. 1'530.– monatlich rückwirkend von Juni 2010 bis und mit Dezember 2010,

- Fr. 730.– monatlich ab Januar 2011 bis und mit Juni 2011,

- 3 -

- nach Juni 2011 sind keine Unterhaltsbeiträge mehr geschuldet.

b) Der Beklagte ist berechtigt, von den geschuldeten Unterhaltsbeiträgen die bisher für Juni bis und mit August 2010 geleisteten Zahlungen im Betrag von Fr. 1'126.– (Fr. 700.– Unterhaltsbeitrag und Fr. 426.– Krankenkassenprämien) in Abzug zu bringen. Soweit er bereits weitere Zahlungen geleistet hat, ist er berechtigt, diese im effektiven Betrag in Abzug zu bringen."

## **E. 2**

Gegen den ihr in begründeter Ausfertigung am 9. Dezember 2010 zugestellten Eheschutzentscheid (vgl. Vi Urk. 21) erhob die Klägerin mit Eingabe vom 20. Dezember 2010 rechtzeitig Rekurs mit dem Antrag, es sei der Beklagte für die Dauer des Getrenntlebens ab Januar 2011 zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen von mindestens Fr. 1'530.– bis maximal Fr. 1'700.– zu verpflichten. Zudem ersuchte die Klägerin auch für das Rekursverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 29. Dezember 2010 wurde die Klägerin aufgefordert, ihren Rekursantrag betreffend die Unterhaltsbeiträge zu konkretisieren und zu begründen (Urk. 6). Mit Eingabe vom 13. Januar 2011 stellte die Klägerin daraufhin einen präzisierten Rekursantrag, der wie folgt lautet (Urk. 7 S. 2): "Es sei die Ziff. 7 lit. a des Urteils (recte: der Verfügung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. September 2010 aufzuheben und es sei der Beklagte und Rekursgegner zu verpflichten, der Klägerin und Rekurrentin ab dem 1. Januar 2011 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'530.– für die Dauer des Getrenntlebens zu bezahlen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt) zu Lasten des Beklagten und Rekursgegners."

In der am 31. Januar 2011 erstatteten Rekursbeantwortung schloss der Beklagte auf Abweisung des Rekurses und stellte seinerseits ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rekursverfahren (Urk. 10 S. 2). Zu den in der Rekursantwort erhobenen neuen Behauptungen äusserte sich die Klägerin mit Eingabe vom 14. März 2011 (Urk. 15). Mit Verfügung vom 25. März 2011 wurde dem Beklagten Frist zur Stellungnahme zu den einzeln angeführten Noven in der Rechtsschrift der Klägerin angesetzt (Urk. 17). Die als "Duplik" bezeichnete Stellungnahme des Beklagten ging am 12. April 2011 ein (Urk. 18). Im

- 4 - weiteren Verlauf des Verfahrens erfolgten diverse zusätzliche Eingaben der Parteien, welche zugestellt wurden (Urk. 23; Urk. 26; Urk. 29; Urk. 30; Urk. 32; Urk. 40; Prot. II S. 8-10).

## **E. 3**

Die Auseinandersetzung über den geschuldeten Unterhalt untersteht der Herrschaft der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime (§ 54 ZPO/ZH). Zur Verhandlungsmaxime gehört die Pflicht der Parteien, ihre Beweismittel für bestrittene Behauptungen selber vorzulegen oder zu bezeichnen (Walder-Richli/Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Zürich 2009, § 17 N 10). Das Gericht ist mithin nicht verpflichtet, die Parteien zur Einreichung weiterer Beweismittel aufzufordern. Die Dispositionsmaxime bedeutet, dass das Gericht auch im Rechtsmittelverfahren an die Parteianträge gebunden ist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 22 zu § 54 ZPO/ZH). Das Gericht kann weder mehr zusprechen, als eine Partei verlangt, noch weniger, als eine Partei anerkannt hat (§ 54 Abs. 2 ZPO/ZH). Ge-

- 6 - mäss § 278 ZPO/ZH in Verbindung mit § 267 ZPO/ZH und § 115 ZPO/ZH sind im Rekursverfahren schliesslich Noven bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zulässig. Im summarischen Verfahren ist dies namentlich der Fall, wenn neue Behauptungen durch neu eingereichte Urkunden sofort glaubhaft gemacht werden können (RB 1996 Nr. 104). Es genügt damit bereits, wenn das Gericht aufgrund der neu eingereichten Urkunden den Eindruck erhält, es bestehe eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der damit untermauerten neuen Behauptungen (Kass.-Nr. 2000/316, Entscheid vom 24.

Dezember 2000 S. 12).

### **E. 3.1**

Der vorliegende Unterhaltsstreit hat in erster Linie das Einkommen der Klä- gerin zum Gegenstand. Diesbezüglich setzte sich die Vorinstanz einmal mit der tatsächlich gegebenen Einkommenssituation auseinander und hielt fest, dass die Klägerin im Restaurant "C.\_\_\_\_\_" in einer unbefristeten Anstellung auf Abruf an- gestellt sei. Da das Restaurant jeweils von Mitte Juli bis September geschlossen habe und keine Arbeitseinsätze angeordnet würden, habe die Klägerin - fuhr die Vorinstanz fort - im Juli 2010 Arbeitslosenentschädigung bezogen. In Ergänzung

- 9 - zur erwähnten Arbeitstätigkeit sei die Klägerin aushilfsmässig bei der D.\_\_\_\_ AG tätig. Insgesamt ging die Vorinstanz unter der Annahme eines Arbeitspensums von 50 % davon aus, dass die Klägerin in der Lage wäre, einen monatlichen Durchschnittsverdienst von rund Fr. 2'200.- zu erzielen. Dieser Verdienst ent- spreche - so die Vorinstanz weiter - denn auch dem, den die Klägerin seit März 2010 unter Berücksichtigung der Taggelderleistungen der Arbeitslosenversicherung für den Monat Juli 2010 im Durchschnitt tatsächlich in etwa verdient habe. Die vom Beklagten geforderte Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ab September 2010 lehnte die Vorinstanz unter Hinweis auf als glaubhaft beurteilte Einschränkungen der Klägerin in ihrer Erwerbsfähigkeit sowie auf die von der Klägerin unternommenen Bemühungen um eine zumutbare Arbeitsstelle ab. End- lich erwog die Vorinstanz zu den inskünftigen Verdienstaussichten der Klägerin, diese werde ab Oktober 2010 im bisherigen Rahmen im Restaurant "C.\_\_\_\_\_" arbeiten können, weshalb zu erwarten sei, dass sie aufgrund ihrer Anstellung bei der D.\_\_\_\_ AG ein zusätzliches Einkommen werde erzielen können. Eine Stei- gerung der Erwerbstätigkeit beziehungsweise ein Zusatzverdienst lasse sich mit der gesundheitlichen Situation der Klägerin vereinbaren, zumal nach Abschluss des Verfahrens und Regelung der Unterhaltsfrage mit einer Beruhigung der Situa- tion gerechnet werden könne. Angesichts der erwähnten Anstellungen hielt die Vorinstanz spätestens ab Januar 2011 die Erzielung eines Erwerbseinkommens von Fr. 3'000.- pro Monat für realistisch (Urk. 3 S. 9 ff.). Im Rekursverfahren be- streitet die Klägerin die Möglichkeit, das ihr hypothetisch angerechnete Einkom- men zu erzielen (Urk. 2 S. 4).

### **E. 3.2**

Bei der Festlegung des Unterhalts geht das Gericht grundsätzlich von den bisherigen, ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen der Ehegatten über Aufgabenteilung und Geldleistungen aus, die der ehelichen Gemeinschaft eine bestimmte Struktur gegeben haben. Gemäss Art. 163 Abs. 1 ZGB hat jeder Ehegatte nach seinen Kräften an den gebührenden Unterhalt der Familie beizu- tragen. Wie für alle familienrechtlichen Verfahren gilt auch für den Eheschutzpro- zess der Grundsatz, dass bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen vom tat- sächlichen Leistungsvermögen des Berechtigten abgewichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden darf, falls und soweit

- 10 - dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 128 III 5 E. 4a; BGer vom

### **E. 3.3**

Die Klägerin anerkennt ausdrücklich, dass von ihr die Aufnahme einer Voll- zeitbeschäftigung grundsätzlich erwartet werden darf (vgl. Urk. 2 S. 5; Urk. 15 S. 4).

Ebenso hat sie ihren Willen bekundet, durch das eigene Erwerbseinkommen selbstständig für ihren Lebensunterhalt aufzukommen (Urk. 15 S. 4). Auf die zahlreichen Darlegungen und Beweisanerbieten der Parteien betreffend die Gestaltung des gemeinschaftlichen Zusammenwirkens oder betreffend die hauptsächlich vor Vorinstanz sowie partiell auch im Rekursverfahren (vgl. Urk. 15 S. 5; Urk. 23 S. 2) angesprochenen Reduktionen des Gesundheits- und Gemütszustandes der Klägerin braucht daher an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden. Die Klägerin behauptet nun aber, gar nicht in der Lage gewesen zu sein, das von der Vorinstanz angerechnete hypothetische Einkommen zu realisieren. Sie führt aus, dass es ihr trotz erheblicher Suchbemühungen nicht gelungen sei, ihren Beschäftigungsgrad zu steigern. Sie bewerbe sich immer schriftlich in verschiedenen Bereichen, sei es auf dem Büro, im Gastgewerbe, in einer Reinigung oder im Verkauf. Leider habe sie bisher nur Absagen erhalten (Urk. 2 S. 4 f.; Urk. 7 S. 2 f.; Urk. 15 S. 4 f.; Urk. 23 S. 3). Der Beklagte seinerseits macht geltend, dass

- 11 - die Klägerin seit Oktober 2009 und damit über ein Jahr Zeit gehabt habe, ihren Beschäftigungsgrad zu steigern, und vermutet sodann, dass die Klägerin nur halbherzig nach neuen Stellen suche (Urk. 10 S. 5 f.; Urk. 18 S. 5). Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass mit dem ab 1. Januar 2011 der Klägerin anzurechnenden Einkommen die Leistungsfähigkeit für eine längere in der Vergangenheit liegende Zeitperiode umstritten ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es grundsätzlich nicht zulässig, rückwirkend von einem höheren hypothetischen Einkommen des Unterhaltspflichtigen oder Unterhaltsberechtigten auszugehen, denn offensichtlich fehlt es an einer realen Möglichkeit der rückwirkenden Einkommenssteigerung (vgl. statt vieler BGE 128 III 6 E. 4a). Eine Rückwirkung kann im Einzelfall allenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn der Unterhaltsberechtigten ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden muss oder wenn die geforderte Umstellung in ihren Lebensverhältnissen und das Erfordernis eines vermehrten beruflichen Einsatzes für sie vorhersehbar gewesen sind (BGer vom 7. Januar 2004, 5P.388/2003 E. 1.2; BGer vom 10. Juni 2004, 5P.79/2004 E. 4.3). Auch rückwirkend darf nur dasjenige Einkommen angerechnet werden, das zu verdienen eine Partei tatsächlich in der Lage gewesen wäre.

### **E. 3.4**

Zur Untermauerung ihrer mehrheitlich fruchtlosen Arbeitssuchbemühungen hat die Klägerin einerseits diverse Formulare "Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen" der Arbeitslosenversicherung (Urk. 4/2; Urk. 16/4; Urk. 24/2) und andererseits mehrere Stellenbewerbungen (Urk. 4/3; Urk. 16/5) eingereicht. Zudem beruft sich die Klägerin darauf, dass sie von der Arbeitslosenkasse nicht wegen mangelnder Suchbemühungen in der Anspruchsberechtigung eingestellt worden sei (Urk. 15 S. 4). Die unangefochtenen Taggeldleistungen der Arbeitslosenkasse wie auch die erhaltene finanzielle Unterstützung durch die Sozialbehörden (vgl. Vi Urk. 11/5+6; Urk. 42/2) stellen in Anbetracht der gesetzlich vorgesehenen Kontrollen zumindest ein Indiz dafür dar, dass die Klägerin sich persönlich um Arbeit bemüht hat, ansonsten sie - worauf zutreffend hingewiesen wurde - in ihrer Bezugsberechtigung wohl eingestellt worden wäre. Die Einschätzung anderer Amtsstellen über die Qualität der unternommenen Arbeitsbemühungen binden indessen das den Getrenntlebensunterhalt bestimmende Eheschutzgericht nicht. Daneben geben jedoch die vorgelegten Bewerbungsunterlagen greifbare An-

- 12 - haltspunkte dafür ab, dass die Klägerin ernsthafte Anstrengungen zur Verbesserung ihrer Erwerbslage unternommen hat. Zunächst ist festzuhalten, dass die Klägerin bereits im

April 2010 einen Arbeitsvertrag als Teilzeit-Angestellte mit der "C. \_\_\_\_\_" abschliessen konnte (vgl. Vi Urk. 11/1). Mit Eingabe vom 15. September 2011 reichte die Klägerin sodann einen am 26. August 2011 un- terzeichneten Arbeitsvertrag zwischen ihr und der E. \_\_\_\_\_ AG in F. \_\_\_\_\_ ein. Danach wurde die Klägerin ab 22. August 2011 als "Kaufmännische Allrounderin" eingestellt (Urk. 30; Urk. 31/1). Gemäss einem von der Klägerin am 13. Oktober 2011 eingereichten Kündigungsschreiben der Arbeitgeberin wurde dieses Ar- beitsverhältnis jedoch auf den 8. Oktober 2011 bereits wieder aufgelöst (Urk. 32; Urk. 33). Dass und aus welchen Gründen die Klägerin den Verlust dieser Arbeits- stelle selber zu vertreten hätte, tut der Beklagte nicht dar.

### **E. 3.5**

Die von der Klägerin abgeschlossenen Arbeitsverträge zeigen, dass sie sich nicht nur um Stellen bemüht hat, sondern den Bewerbungsprozess mehrfach auch schon erfolgreich durchlaufen hat. Was die übrigen Bewerbungsbemühun- gen anbelangt, umfassen zunächst die von der Klägerin eingereichten Zusam- menstellungen aus den Monaten August 2010 bis November 2010 insgesamt 44 Bewerbungen, versehen jeweils mit dem Datum und der Art der beworbenen Tä- tigkeit (Urk. 4/2). Aus den zusätzlich eingereichten Absageschreiben geht zudem hervor, dass sich die Klägerin darüber hinaus einige wenige Male beworben hat und sich vereinzelt auch bei Stellenvermittlungsbüros angemeldet hat (vgl. Urk. 4/3). Weitere Bewerbungsbemühungen sind für das Jahr 2011 dokumentiert (Urk. 16/5 und Urk. 16/6). Überwiegend hat sich die Klägerin auf Stellen aus dem kaufmännischen Bereich (beispielsweise Kanzlei- oder Sekretariatsarbeiten) so- wie aus dem Bereich der Dienstleistungen im Detailhandel oder der Reinigung und für gastgewerbliche oder hauswirtschaftliche Tätigkeiten beworben. Die vor- handenen Unterlagen weisen auf fortlaufende und vielseitige Bewerbungsan- strengungen der Klägerin hin, wobei sie auch um Erwerbstätigkeiten mit beschei- denen kaufmännischen Anforderungen oder um solche ohne spezifische Ausbil- dungserfordernisse nachgesucht hat. Solche Bewerbungen können nicht als von Vornherein wenig aussichtsreich bezeichnet werden. Dass die Bewerbungen der Klägerin in qualitativer Hinsicht mangelhaft gewesen seien, wurde seitens des

- 13 - Beklagten nicht behauptet. Gleichwohl nennt der Beklagte eine Anzahl Gründe, weshalb die Klägerin seiner Ansicht nach die zu erwartende Seriosität bei der Ar- beitssuche habe vermissen lassen (Urk. 10 S. 5 ff.; vgl. auch Urk. 18 S. 5).

### **E. 3.6**

Die Einwendungen des Beklagten vermögen nicht die Überzeugung zu be- gründen, die Klägerin habe bislang aus blosser Nachlässigkeit und damit selbst- verschuldet noch kein genügendes eigenes Auskommen gefunden. Vorab macht die Klägerin im Rekursverfahren keine gesundheitsbedingten Beeinträchtigungen ihrer Arbeitsfähigkeit mehr geltend und sie hat sich auch nicht nur für Teilzeitstel- len beworben. Den Vorbringen des Beklagten, wonach sich mit der bei der Kläge- rin bestehenden Einstellung, aufgrund ihrer gesundheitlichen Situation nicht voll arbeiten zu können, keine Arbeitsstelle finden lasse (Urk. 10 S. 6), fehlt es daher an einer nachvollziehbaren Grundlage. Darauf braucht deshalb ebenso wenig eingegangen zu werden wie auf die vom Beklagten aufgeworfene Frage, ob sich die Klägerin bei der IV für berufliche Massnahmen oder eine Rente anzumelden hätte (vgl. Urk. 10 S. 6). Der Beklagte kritisiert schliesslich sowohl die Häufigkeit der Arbeitsbemühungen als auch die von der Klägerin getroffene Auswahl der be- antworteten

Stellenangebote (Urk. 10 S. 6). Es mag zutreffen, dass die Klägerin in den Absageschreiben zuweilen zur Kenntnis zu nehmen hatte, sie entspreche nicht in jeder Hinsicht dem Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stelle. Damit teilt die Klägerin jedoch das Schicksal vieler Arbeitssuchender. Daraus kann nicht abgeleitet werden, die Klägerin habe Absagen auf ihre Bewerbungen bewusst in Kauf genommen oder gar provoziert. Ohnehin ist nicht bekannt, wie eng die Anforderungsprofile in den jeweiligen Stellenangeboten überhaupt definiert wurden. Der Beklagte zeigt im Übrigen nicht auf, in welchen Berufsfeldern Bewerbungen zwingend erfolversprechender hätten ausfallen müssen. Es kann der Klägerin nicht verargt werden, wenn sie gelegentlich darauf hoffte, das teilweise Nichterfüllen eines bestimmten Anstellungskriteriums durch die übrigen Fähigkeiten und Erfahrungen kompensieren zu können, stehen doch erfahrungsgemäss nicht beliebige Stellen zur Auswahl, deren Anstellungsvoraussetzungen sich in geradezu optimaler Weise mit den beruflichen Kompetenzen des individuellen Bewerbers decken. Das Gesagte ist dem Beklagten auch entgegen zu halten, soweit er die Bewerbungsbemühungen der Klägerin als quantitativ ungenügend beurteilt. Ohne

- 14 - substantiierte Angaben zum aktuellen Stellenmarkt kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, die Klägerin hätte sich "tagtäglich" auf Stellen bewerben beziehungsweise "massenweise" Bewerbungen versenden können. Zu beachten wäre dabei auch, dass die Klägerin bis zu einem Beschäftigungsgrad von 50 % bereits berufstätig war. Nicht gefolgt werden kann dem Beklagten, wenn er seiner Verwunderung darüber Ausdruck verleiht, dass die Klägerin sich hauptsächlich auf Stellen aus dem kaufmännischen Tätigkeitsgebiet beworben hat, obwohl sie selber darauf hingewiesen habe, der Abschluss der kaufmännischen Ausbildung liege bereits weit zurück (Urk. 10 S. 6). Es ist der Klägerin sicherlich nicht nachteilig auszulegen, dass sie auf dem Arbeitsmarkt den einzigen von ihr erworbenen Berufsabschluss zu verwerten versucht hat.

### **E. 3.7**

Nach dem Gesagten kann die Klägerin nicht der Vorwurf treffen, sie sei im Hinblick auf die Erlangung zusätzlicher Erwerbseinkünfte untätig geblieben und habe sich die fehlende vollständige Eigenversorgungskapazität zufolge unredlichen Verhaltens selbst zuzuschreiben. Die getätigten Bewerbungsbemühungen lassen es bei Anwendung des im summarischen Verfahrens massgeblichen Beweisstandards im Verbund mit den sich auf die Erwerbssaussichten negativ auswirkenden Elementen (fortgeschrittenes Alter, langjährige Tätigkeit lediglich im familiären Hotelbetrieb) als glaubhaft erscheinen, dass die Klägerin ihre Arbeitskraft bislang unabhängig vom eigenen Willen nicht optimal ausnutzen konnte. Die Voraussetzungen für eine der zuvor genannten Ausnahmen vom Grundsatz der nicht rückwirkenden Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sind demnach nicht gegeben. Folglich sind der vorliegenden Unterhaltsberechnung die von der Klägerin tatsächlich erzielten und nachfolgend zu eruiierenden Einkünfte zuzulegen. Wie bereits erwähnt, ist im vorliegenden Verfahren an sich nicht streitig, dass die Klägerin dereinst für ihren Unterhalt selbstständig aufzukommen hat und dazu grundsätzlich auch im Stande ist. In Anbetracht des bereits rechtshängigen Scheidungsverfahrens braucht sich die Rekursinstanz indessen nicht darüber auszusprechen, ab wann der Klägerin aufgrund der unter dem Eindruck der bisherigen vergeblichen Arbeitssuchbemühungen allenfalls neu zu stellenden Erwerbsprognose die Erzielung eines bedarfsdeckenden Einkommens möglich wäre. Wegen der Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit zwischen dem Schei-

- 15 - dungsrichter und dem Eheschutzgericht ist es letzterem im heutigen Zeitpunkt verwehrt, verbindliche Annahmen über die zukünftig zu erwartenden Einkommensverhältnisse der Klägerin zu treffen. Eine tatsächliche oder hypothetische Erhöhung der Einkünfte der Klägerin müsste stattdessen auf dem Weg eines Abänderungsbegehrens geltend gemacht werden.

### **E. 3.8**

Im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Verfahrens war die Klägerin unbefristet im Restaurant "C.\_\_\_\_\_" angestellt und arbeitete auf Abruf. Unangefochten hat die Vorinstanz festgestellt, dass sie in der Zeit von März bis Juni 2010 dabei bei einem Stundenlohn von Fr. 25.25 netto ein durchschnittliches Einkommen von Fr. 2'141.– erzielt hat (Urk. 3 S. 9; vgl. auch Vi Urk. 11/1+2). Da der Restaurationsbetrieb jeweils von Mitte Juli bis September geschlossen hat, bezog die Klägerin im Juli 2010 gemäss den ebenfalls unwidersprochenen Feststellungen der Vorinstanz Arbeitslosentaggelder in der Höhe von Fr. 1'348.– (Urk. 3 S. 9; vgl. auch Vi Urk. 11/3 und Urk. 16/3). Im Juli 2010 schloss die Klägerin sodann einen Rahmenvertrag für Aushilfstätigkeit bei der D.\_\_\_\_ AG ab und wurde im August 2010 erstmals eingesetzt, wobei sie insgesamt Fr. 884.30 netto verdiente (Urk. 3 S. 9; Urk. 11/4). Für den Zeitraum bis Ende des Jahres 2010 ging die Vorinstanz unter Annahme eines Arbeitspensums von 50 % davon aus, die Klägerin werde einen monatlichen Durchschnittsverdienst von rund Fr. 2'200.– erwirtschaften können (Urk. 3 S. 9). Im Rechtsmittelverfahren sind primär die ab Januar 2011 aktuellen Einkommensverhältnisse der Klägerin von Bedeutung. In der Rekursbegründung bringt die Klägerin dazu vor, sie sei nach wie vor zu einem Pensum von 50 % arbeitstätig. Ihre Tätigkeit im Restaurant "C.\_\_\_\_\_" habe sie wieder aufnehmen können und habe im Oktober 2010 und November 2010 zufolge Abwesenheit anderer Servicemitarbeiterinnen häufiger eingesetzt werden können sowie im Oktober 2010 einen Lohn von Fr. 2'728.90 und im November 2010 einen solchen von Fr. 3'183.50 ausbezahlt erhalten (Urk. 2 S. 5). Mit Eingabe vom 14. März 2011 machte die Klägerin geltend, der Arbeitsvertrag mit der D.\_\_\_\_ AG sei aufgelöst worden, weil sie über Monate nicht eingesetzt werden könne (Urk. 15 S. 3). Der Rechtschrift beigelegt war ein Einschreibebrief der Arbeitgeberin vom 11. Januar 2011, wonach das Arbeitsverhältnis per 28. Februar 2011 gekündigt werde (Urk. 16/2). Die Klägerin führte aus, dass sie seit August

- 16 - 2010 nicht mehr für die D.\_\_\_\_ AG tätig gewesen sei (Urk. 2 S. 5), was der Beklagte nicht bestritten hat. Schliesslich weist die Klägerin darauf hin, dass sich ihre Einkünfte im Restaurant "C.\_\_\_\_\_" ab Januar 2011 wieder reduzieren würden, da sämtliche anderen Mitarbeiterinnen wieder einsatzfähig seien (Urk. 2 S. 5).

### **E. 3.9**

Die Einkünfte der Klägerin im Jahre 2011 setzten sich damit zunächst zusammen aus dem Arbeitserwerb beim Restaurant "C.\_\_\_\_\_" und der zwischenzeitlich allenfalls zu beziehenden Arbeitslosenentschädigung. Zum Beleg ihrer Vorbringen über die wiederum reduzierte Einsatzhäufigkeit im Restaurantbetrieb "C.\_\_\_\_\_" hat die Klägerin Arbeitspläne für die Monate Januar 2011 bis März 2011 eingereicht. Daraus geht hervor, dass die Klägerin in der genannten Zeitspanne für insgesamt 41 Einsätze eingeteilt wurde (Urk. 4/5). Der Beklagte hat nicht behauptet, dass die Klägerin öfters eingesetzt worden sei oder häufiger hätte arbeiten können. Laut Klägerin beträgt die einzelne Einsatzdauer zwischen fünf und sechs Stunden, wobei im März 2011 zwei Spezialeinsätze von je 7 ½ Stunden zu

leisten waren (Urk. 2 S. 5 f.). Lohnunterlagen zu den tatsächlich erzielten Einkünften hat die Klägerin nicht beigebracht. Ihre Behauptungen, sie werde je- weils zwischen 60 und 72 Stunden pro Monat eingesetzt werden können (Urk. 2 S. 5 f.), lassen sich damit nicht objektivieren. Den Lohnabrechnungen von März 2010 bis und mit Juni 2010 lässt sich entnehmen, dass die Klägerin durchschnitt- lich rund 85 Monatsarbeitsstunden geleistet hat (vgl. Vi Urk. 11/2). Es ist davon auszugehen, dass die Klägerin auch im Jahre 2011 mindestens in diesem Um- fang beschäftigt werden konnte. Unter der Annahme von zwischen dreizehn und vierzehn Einsatzmöglichkeiten pro Monat resultiert eine Arbeitsdauer von rund 6 ½ Stunden pro Einsatz. Der Nettostundenlohn der Klägerin beläuft sich auf rund Fr. 25.25 (Fr. 27.15 brutto abzüglich 6,94 % AHV/ALV und NBU [vgl. Vi Urk. 11/2]). Ausgehend von zwei Arbeitseinsätzen von 7 ½ Stunden Dauer und einer übrigen durchschnittlichen Einsatzdauer von 6 ½ Stunden lässt sich ein Ge- samteinkommen der Klägerin in der Zeit von Januar bis März 2011 von Fr. 6'779.60 berechnen, was monatlichen Einkünften von rund Fr. 2'260.– ent- spricht, welche der Klägerin in dieser Höhe auch bis Ende Juni 2011 anzurechnen sind. Die Klägerin führte im Weiteren aus, dass sie sich im Hinblick auf die Be- tribsferien wieder beim RAV anmelden werde (Urk. 2 S. 6; vgl. auch Urk. 4/6).

- 17 - Mangels anderer Angaben ist für die Höhe der Arbeitslosenentschädigung im Juli 2011 auf die aus dem Vorjahr bekannten Zahlen (Fr. 1'348.35) abzustellen, was einschliesslich der zusätzlichen Taggeldern für den August 2011 (15 Arbeitstage) Arbeitslosenentschädigungen von insgesamt Fr. 2'280.– ergibt, welche die Kläge- rin zumindest hätte erhältlich machen können. Ab 22. August 2010 bis zur Been- digung des Arbeitsverhältnisses am 8. Oktober 2010 war die Klägerin sodann - wie gesehen (vgl. Erwägung III./3.4 hiervor) - bei der Bäckerei E. \_\_\_\_\_ in F. \_\_\_\_\_ beschäftigt. Über den Verdienst in dieser Phase macht die Klägerin keine Vorbringen. Bei einem Bruttolohn von Fr. 5'200.– (Urk. 31/1) ergibt sich unter Berücksichtigung der üblichen Sozialleistungen (6,25 % [1.1 % ALV und 5,15 % AHV/IV/EO]) ein Nettomonatslohn von rund Fr. 4'875.–. Demnach sind der Kläge- rin für die Dauer ihrer Anstellung (Monat September 2011 zuzüglich 18 Arbeitsta- ge) bei der Bäckerei E. \_\_\_\_\_ insgesamt Einkünfte von Fr. 7'800.– anzurechnen. Gleichzeitig mit der Mitteilung der erfolgten Kündigung des Arbeitsverhältnisses gab die Klägerin an, dass sie möglicherweise vorübergehend wieder im bisleri- gen Pensum im Restaurant "C. \_\_\_\_\_" als Serviceangestellte werde arbeiten kön- nen (Urk. 32). Wie im weiteren Verlauf des Rekursverfahrens bekannt wurde, konnte die Klägerin die frühere Arbeitsstelle tatsächlich wieder antreten (vgl. Urk. 40). Da die Klägerin sich nicht anderweitig äussert, ist davon auszugehen, dass sie diese Stelle nahtlos an die Beendigung ihrer Tätigkeit bei der Bäckerei E. \_\_\_\_\_ antreten und an die früheren Lohnbedingungen anknüpfen konnte. Folg- lich sind für den im vorliegenden Rekursverfahren noch zu beachtenden Zeitraum (bis Mitte November 2011 [vgl. Erwägung II./4 hiervor]) geschätzte zusätzliche Einkünfte von rund Fr. 2'900.– hinzuzuzählen. Die anrechenbaren Einnahmen der Klägerin im Jahre 2011 (Januar bis und Mitte November) belaufen sich damit ge- samthaft auf Fr. 26'540.–, was im Durchschnitt einem monatlichen Einkommen von rund Fr. 2'525.– entspricht. Da allfällige Verhältnisänderungen seit dem Zeit- punkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens nicht zu berücksichtigen sind, ist bei der Berechnung des ab 1. Januar 2011 für die weitere Dauer des Ge- trenntlebens geschuldeten Unterhalts auf dieses Einkommen abzustellen. 4. Für die Klägerin hat die Vorinstanz einen erweiterten Bedarf von Fr. 3'725.– bestimmt (Urk. 12 S. 12 f.). Von den zahlreichen Einzelposten, welche die Vo-

- 18 - rinstanz in die Bedarfsrechnung übernommen hat (Grundbetrag Fr. 1'200.-; Mietkosten Fr. 1'347.-; Krankenkassenprämien Fr. 426.-; Arztkosten Fr. 65.-; Kosten für den öffentlichen Verkehr Fr. 77.-; Hausrat-/Haftpflichtversicherung Fr. 30.-; Telefon/Billag Fr. 120.-; auswärtige Verpflegung Fr. 160.-; Steuern Fr. 300.-) in- teressieren im Rekursverfahren nur mehr die Wohnauslagen der Klägerin. Der Beklagte macht in dieser Hinsicht geltend, es sei dem Umstand Rechnung zu tra- gen, dass ein Mietzins für eine alleinstehende Person in der Höhe von Fr. 1'347.- als sehr hoch bewertet werden müsse und die Klägerin in der Agglomeration Zü- rich mit grösster Wahrscheinlichkeit eine günstigere Wohnung finden könne (Urk. 10 S. 8; vgl. auch Urk. 18 S. 7). Soweit in diesen Vorbringen eine konkrete Behauptung und nicht bloss eine von vornherein unbeachtliche Vermutung zu er- kennen ist, wäre der Einwand unbegründet. Die Klägerin hat anlässlich der vo- rinstanzlichen Hauptverhandlung für sich monatliche Mietkosten von Fr. 1'347.- beansprucht und belegt (Vi Urk. 10 S. 3; Vi Urk. 11/8). Dass die Klägerin für die Miete ihrer Wohnung Kosten in dieser Höhe aufzubringen hat, wurde vom Beklag- ten in der Folge selbst für den Fall der Nichtberücksichtigung eines hypotheti- schen Einkommens nicht in Abrede gestellt (vgl. Prot. I S. 5 ff.). Gegenteils hat der Beklagte selbst dafürgehalten, die angemessenen Mietkosten dürften sich auf Fr. 1'200.- zuzüglich Fr. 150.- Nebenkosten belaufen (Vi Urk. 12 S. 5). An diese Prozessklärungen durfte sich die Vorinstanz gebunden fühlen und hat im Bedarf der Klägerin mit Recht die tatsächlich anfallenden Mietkosten eingesetzt. Deren Angemessenheit hätte der Beklagte bereits im vorinstanzlichen Verfahren zur Diskussion stellen können und müssen. Dafür ist es im Rekursverfahren nun zu spät. Auf Seiten der Klägerin hat es damit bei einem Bedarf in der von der Vo- rinstanz festgestellten Höhe von Fr. 3'725.- sein Bewenden.

#### **E. 4**

Am 16. November 2011 hat der Beklagte beim Kreisgericht Toggenburg die Scheidungsklage eingereicht (Urk. 34; Urk. 35). Die Kammer entscheidet damit in ihrer Eigenschaft als Rekursinstanz über die während des Getrenntlebens ge- schuldeten Geldbeiträge in einem Zeitpunkt, nachdem zwischen den Parteien be- reits der Scheidungsprozess eingeleitet wurde. Sobald eine Klage oder ein Be- gehren auf Scheidung rechtshängig ist, können Eheschutzmassnahmen nicht mehr angeordnet werden. Dann ist für alle Massnahmen, welche die Zukunft be- treffen, nur noch das Scheidungsgericht zuständig. Anordnungen, die der Ehe- schutzrichter vor Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens getrof- fen hat, bleiben während des Scheidungsprozesses in Kraft, solange sie nicht durch vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 137 Abs. 2 ZGB (in der bis 31. Dezember 2010 gültigen Fassung) beziehungsweise im Sinne von Art. 276 ZPO abgeändert werden. Bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfah- rens bleibt das Eheschutzgericht zum Erlass von Eheschutzmassnahmen sach- lich zuständig. Wird nach Erlass eines erstinstanzlichen Eheschutzentscheides ein Scheidungsverfahren anhängig gemacht, ist ein dagegen erhobener Rekurs durch das Obergericht anhand zu nehmen und materiell zu beurteilen (ZR 101 [2002] Nr. 25). Dabei ist es der Rekursinstanz verwehrt, den Unterhaltsbeitrag über den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens hinaus fest- zusetzen, doch wirkt der Rekursentscheid darüber hinaus, bis der Scheidungs- richter etwas anderes verfügt hat (BGE 129 III 61 E. 2). Als Folge dessen können allenfalls nach Anhängigmachung des Scheidungsprozesses eingetretene Verän- derungen der tatsächlichen Verhältnisse im vorliegenden Rekursverfahren nicht

- 7 - berücksichtigt werden. Die sich darauf beziehenden Behauptungen der Parteien müssen daher unbeachtlich bleiben.

## **E. 5**

November 2003, 5P.255/2003 E. 4.3.1). Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Bei der Frage der Wiederaufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit der Ehegatten sind rechtsprechungsgemäss die für den nahehelichen Unterhalt geltenden Kriterien miteinzu beziehen, falls mit einer Wiederherstellung des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr ernsthaft zu rechnen ist (BGE 130 III 542 E. 3.2; BGE 128 III 68 E. 4a). Damit ein Einkommen überhaupt oder ein höheres Einkommen als das tatsächlich erzielte angerechnet werden kann, genügt es jedenfalls nicht, dass der betroffenen Partei weitere Anstrengungen zugemutet werden können. Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen. Zu den bei der Beurteilung der realistischen Erwerbssaussichten zu beachtenden Kriterien gehören neben der konkreten Arbeitsmarktlage auch das Alter der Unterhaltsberechtigten, ihr Gesundheitszustand, die Sprachkenntnisse, die bisherige Berufserfahrung sowie gegebenenfalls die Dauer der Abwesenheit vom Berufsleben.

### **E. 5.1**

Die finanzielle Leistungsfähigkeit des Beklagten hat die Vorinstanz gemäss einem Einkommen von Fr. 5'439.25 netto sowie einem um die laufenden Steuern erweiterten Bedarf zwischen Fr. 3'908.– und Fr. 4'708.– bemessen (Urk. 3 S. 13 ff.). Der Beklagte ist bei der G.\_\_\_\_ AG angestellt und als Geschäftsführer des Hotels H.\_\_\_\_ in ... tätig. Die Vorinstanz hat das ihm anzurechnende Einkommen auf Fr. 5'439.25 (exklusive Repräsentationsspesen von Fr. 500.–) netto beziffert (Urk. 3 S. 13). Nach den diversen Lohnabrechnungen des Beklagten (vgl.

- 19 - Vi Urk. 13/1; Urk. 12/2) beläuft sich das Bruttogehalt auf monatlich Fr. 6'300.–. Hinzu kommen Repräsentationsspesen von Fr. 500.–, welche die Vorinstanz unangefochten nicht als Einkommensbestandteil qualifiziert hat (Urk. 3 S. 13/14). Abzüglich der üblichen Sozialleistungen beträgt das monatliche Nettoeinkommen des Beklagten Fr. 5'439.25. Ein 13. Monatslohn wird dem Beklagten nicht ausbezahlt. Die in den Lohnabrechnungen weiter vorgesehenen Abzüge für ein Zimmer (Fr. 800.–) und für Verpflegung (Fr. 250.–) hat die Vorinstanz nicht beim Einkommen, sondern im Rahmen der Bedarfsrechnung berücksichtigt (Urk. 3 S. 13 und S. 14). Da die Höhe des Einkommens des Beklagten im Rekursverfahren an sich unbestritten geblieben ist, ist diese Vorgehensweise zu übernehmen und grundsätzlich von monatlichen Nettoeinkünften des Beklagten in der Höhe von Fr. 5'439.25 auszugehen. Im vorinstanzlichen Verfahren hat der Beklagte eingewendet, dass aufgrund des schlechten Geschäftsgangs des Hotels H.\_\_\_\_ eine Lohnreduktion im Betrag von Fr. 1'000.– bis Fr. 1'500.– in Erwägung gezogen werde (Vi Urk. 12 S. 8). Eine tatsächlich auf Ende des Jahres 2010 zu erwartende Lohnreduktion hat die Vorinstanz jedoch als nicht glaubhaft gemacht erachtet und deswegen unberücksichtigt gelassen (Urk. 3 S. 13). In seiner Rekursbeantwortung führte der Beklagte aus, es sei im September 2010 aufgrund schlechten Geschäftsgangs beschlossen worden, sein Gehalt per 1. Januar 2011 um den Betrag von Fr. 750.– zu kürzen. Zum Beleg der behaupteten Lohnreduktion legt der Beklagte neben einer Jahresrechnung der G.\_\_\_\_ AG (Urk. 12/12) die Lohnabrechnung für Januar 2011 vor. Daraus ergibt sich ein Bruttoeinkommen von noch Fr. 5'500.– pro Monat (Urk. 12/7), was ohne Berücksichtigung

des Zimmer- und Verpflegungsabzuges einem Nettoeinkommen von rund Fr. 4'815.– entspricht. Die Klägerin bestreitet sowohl die behauptete Verschlechterung des Geschäftsgangs wie auch die Beachtlichkeit der geltend gemachten Salärreduktion (Urk. 15 S. 5 f.). In den weiteren Rechtsschriften der Parteien wird die Angelegenheit vertieft und unter Einreichung zahlreicher Unterlagen erörtert (Urk. 18 S. 7 ff.; Urk. 20/16-18; Urk. 23 S. 4 ff.; Urk. 26 S. 3 f.; Urk. 28). Ob und inwieweit die Einsparungen beim Einkommen des Beklagten einer wirtschaftlichen Notwendigkeit entsprachen und demzufolge unterhaltsrechtlich bedeutsam sein müssten, kann indessen dahin gestellt bleiben. Wie sich noch ergeben wird (vgl. nachstehende

- 20 - Erwägung III./5.3), ist es dem Beklagten auch unter Zugrundelegung des ab Januar 2011 geringeren Einkommens möglich, für den ungedeckten Unterhaltsbedarf der Klägerin aufzukommen. Die vom Beklagten behauptete Kündigung seines Arbeitsvertrages wurde im Januar 2012 und damit erst nach Anhängigmachung des Scheidungsprozesses ausgesprochen (vgl. Urk. 37 und Urk. 38) und kann deshalb keinen Einfluss auf den Ausgang des Rekursverfahrens mehr haben.

## **E. 5.2**

Die Vorinstanz hat dem Beklagten einen erweiterten Bedarf von Fr. 3'908.– bis Ende Dezember 2010 sowie von Fr. 4'708.– ab Januar 2011 zugestanden (Urk. 3 S. 14 ff.). Die Klägerin rügt die Aufrechnung mehrerer Positionen im Bedarf des Beklagten (Urk. 2 S. 6 f.), was im Folgenden zu behandeln ist:

a) Als Erstes bemängelt die Klägerin, es könne im Rahmen der Dispositivmaxime nicht angehen, dem Beklagten im Bedarf einen Grundbetrag von Fr. 1'200.– anzurechnen, obwohl dieser lediglich einen solchen von Fr. 950.– geltend gemacht habe. Ebenso habe der Beklagte keine Auslagen für auswärtige Verpflegung behauptet, sodass im Bedarf auch keine solchen aufgenommen werden könnten (Urk. 2 S. 6). Die vom Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz vorgetragene Bedarfsrechnung hat einen Grundbetrag von Fr. 950.– und keine auswärtigen Verpflegungskosten enthalten. Dabei hat der Beklagte auf einen monatlichen Lohnabzug von Fr. 250.– für die Tagesmahlzeiten hingewiesen (Vi Urk. 12 S. 4 f.). Aus den vorgelegten Lohnabrechnungen ergibt sich denn auch, dass dem Beklagten für die Verpflegung monatlich Fr. 250.– vom Bruttogehalt in Abzug gebracht werden (vgl. Vi Urk. 13/1). Gleichwohl hat die Vorinstanz sowohl einen ungekürzten Grundbetrag als auch zusätzliche Verpflegungskosten von Fr. 250.– pro Monat in den Bedarf des Beklagten übernommen (Urk. 3 S. 14 und S. 17). In der von der Klägerin geltend gemachten Berücksichtigung von nicht behaupteten Bedarfspositionen liegt keine Verletzung der Dispositivmaxime, da das Gericht bei Unterhaltsbeiträgen an die Anträge der Parteien, nicht jedoch an deren rechnerische Begründung gebunden ist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 54 ZPO/ZH mit Hinweis auf ZR 94 [1995] Nr. 16). Ausserdem hat die Vorinstanz die Verpflegungskostenpauschale im Gegenzug

- 21 - nicht vom Einkommen des Beklagten in Abzug gebracht (Urk. 3 S. 13). Im Ergebnis erweist sich der Einwand der Klägerin dennoch als begründet. Der Beklagte nahm in der vor Vorinstanz vorgestellten Bedarfsaufstellung eine Kürzung des Grundbetrages vor. Zur Begründung führte er aus, dass monatlich Fr. 250.– für die Tageshauptmahlzeit direkt vom Lohn abgezogen würden (Vi Urk. 12 S. 4 und S. 5). Einkommenseitig ging der Beklagte - was die Klägerin zu übersehen scheint - von einem entsprechend gekürzten Monatsnettoeinkommen aus (Vi Urk. 12 S. 4 und S. 8). Wie der Beklagte bestätigt, sollen durch

den Lohnabzug sein Nachlassen und damit grundsätzlich durch den Grundbetrag abzudeckende Nah- rungskosten abgegolten sein. Dass diese Ausgaben in der einen oder anderen Form bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Beklagten zu beachten sind, räumt auch die Klägerin ein. Einerseits kann von einem reduzierten Einkommen ausgegangen werden, wobei dann auch die Berücksichtigung im Bedarf entfallen muss. Wird andererseits auf das ungekürzte Salär abgestellt, müssen die Ausla- gen auch im Bedarf zugelassen werden. Auf das Ergebnis hat die Wahl der Be- rechnungsweise keinen Einfluss. Die Vorinstanz hat den Verpflegungsabzug zum Nettoeinkommen des Beklagten addiert, wobei vorliegend gleich verfahren wurde (vgl. Erwägung III./5.1 hiervor). Demnach hat die Vorinstanz korrekterweise den vollen Alleinstehendengrundbetrag in den Bedarf übernommen. Nicht richtig ist demgegenüber, dass die Vorinstanz dieses Betreffnis überdies unter dem Titel "auswärtige Verpflegung" in Rechnung gestellt hat. Dass ihm während der Ar- beitszeit Mehrauslagen für die Verpflegung anfallen würden, hat der Beklagte ge- rade nicht behauptet. So gesehen besteht auch keine Veranlassung, ihm in der Bedarfsberechnung solche zuzubilligen.

b) Nicht hinnehmen will die Klägerin zweitens, dass die Vorinstanz im Be- darf des Beklagten monatliche Auslagen von Fr. 1'333.50 bis Ende des Jahres 2010 sowie von Fr. 2'133.50 ab Januar 2011 für die Tilgung von Schulden im Be- darf aufgerechnet hat (Urk. 3 S. 15 f. und S. 17). Die Klägerin wendet ein, dass es sich bei den Schulden bei der I. \_\_\_\_\_ Ltd. nicht um eheliche Schulden handle, da es dabei um den Vermögensaufbau des Beklagten gehe und dieser mit dem auf- genommenen Geld angeblich seine Aktien finanziert habe (Urk. 2 S. 6). Bezüglich der vorliegend relevanten Schulden bei der I. \_\_\_\_\_ Ltd. heisst es im angefochte-

- 22 - nen Entscheid, dass die entsprechenden Tilgungsraten von Fr. 600.– dem Be- klagten belegtermassen direkt vom Lohn abgezogen würden. Streng genommen handle es sich dabei nicht um eheliche Schulden, doch hätten die Parteien das Hotel H. \_\_\_\_\_ gemeinsam betrieben und sei die Klägerin unbestrittenermassen Eigentümerin eines Teils der Aktien der AG. Der Sache nach sei die Schuld damit zum Aufbau beziehungsweise zur Sicherung der gemeinsamen Existenz einge- gangen worden. Insofern und sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sei- en, würde es sich - so die Schlussfolgerung der Vorinstanz - rechtfertigen, die nachgewiesenen Abschlagszahlungen zu berücksichtigen. Schliesslich liess die Vorinstanz die Schuldentilgung lediglich in einem reduzierten Umfang zu mit dem Bemerkten, dass andernfalls zuzüglich der Ausgaben für die laufenden Steuern eine Unterdeckung resultieren würde (Urk. 3 S. 15 ff.). Unter rechtlichen Ge- sichtspunkten darf als anerkannt gelten, dass Drittschulden des Unterhaltspflichti- gen grundsätzlich nicht zu seinem Bedarf hinzuzurechnen sind, ausser sie seien vor Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes zum Zwecke des Unterhalts beider Ehegatten begründet worden oder die finanziellen Verhältnisse liessen ihre Til- gung zu, ohne den Unterhalt der Berechtigten zu schmälern (BGer vom 17. Juli 2002, 5P.189/2002 E. 4.2; BGer vom 8. Juni 2007, 5A\_131/2007 E. 2.2). Nach Darstellung des Beklagten soll das fragliche Darlehen im Jahre 2007 aufgenom- men worden sein, um Aktien der G. \_\_\_\_\_ AG zu erwerben und andere Investitio- nen zu tätigen (Prot. I S. 16; Urk. 10 S. 7; Urk. 18 S. 6). Dass mit dem Kredit der laufende Unterhalt der Parteien finanziert worden wäre, behauptet der Beklagte nicht. Abgesehen davon, dass die Parteien im Jahre 2007 noch gar nicht verhei- ratet waren, wird die vom Beklagten angeführte Verwendung vom ehelichen Un- terhalt im Sinne von Art. 163 ZGB nicht erfasst. Ob die Kredite - wie der Beklagte bemerkt (Urk. 10 S. 7; vgl. auch

Urk. 18 S. 6 und Urk. 26 S. 3) - schlussendlich die wirtschaftliche Existenz und das Einkommen der Parteien sichern sollten, ändert daran nichts. Im Rekursverfahren macht der Beklagte zwar geltend, es seien sämtliche Investitionen nach Rücksprache mit der Klägerin erfolgt (Urk. 10 S. 8). Dadurch alleine vermag der Beklagte die konträren Vorbringen der Klägerin, wo- nach ihr nicht bekannt sei, wofür diese Schulden eingegangen worden seien (Prot. I S. 10; Urk. 15 S. 5), jedoch nicht zu widerlegen. Aus den eingereichten

- 23 - nicht unterzeichneten Bestätigungen der I. \_\_\_\_\_ Ltd. über den Schuldenstand per 31. Dezember 2008 und per 31. Dezember 2009 (vgl. Vi Urk. 13/5; Urk. 12/4) ergeben sich keine Hinweise auf den konkreten Einsatz der Darlehenssummen oder auf ein allfälliges Einverständnis der Klägerin mit der Kreditaufnahme. Nach dem Gesagten sind die Rückzahlungsraten nicht im Bedarf zu berücksichtigen. Ob und inwieweit dem Beklagten aufgrund der von ihm behaupteten Investitionen in das Vermögen der Klägerin (vgl. Urk. 10 S. 7) gewisse Ausgleichsansprüche zustehen, ist nicht eine Frage des ehelichen Unterhaltsrechts, sondern wird gegebenenfalls im Zuge der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu klären sein.

c) Schliesslich kritisiert die Klägerin, dass im Bedarf des Beklagten einerseits bestehende Steuerschulden und andererseits die laufende Steuerlast eingesetzt wurden. Diesbezüglich bringt die Klägerin vor, dass die Steuerschulden aus dem Jahre 2009 Ende September 2010 abbezahlt gewesen seien und die laufenden Steuern insbesondere bei einem Mankofall nicht in die Bedarfsrechnung gehörten (Urk. 2 S. 6). Bei der Tilgung offener Steuerschulden aus der Zeit des Zusammenlebens handelt es sich um eheliche Schulden, deren regelmässige Abzahlung im Bedarf zu berücksichtigen ist. Dass der Beklagte die Steuerschulden aus dem Jahre 2009 in regelmässigen monatlichen Raten von Fr. 1'000.- getilgt hat (vgl. Vi Urk. 12 S. 7), wurde von der Klägerin nicht bestritten (vgl. Prot. I S. 9). Andererseits hat der Beklagte anerkannt, dass die für das Jahr 2009 angefallenen Steuern noch im Jahre 2010 vollumfänglich bezahlt werden konnten (Urk. 10 S. 8). Diese Steuerausstände sind daher für die hier umstrittene Unterhaltsregelung ab Januar 2011 belanglos. Bei den vom Beklagten ausserdem erwähnten noch offenen Steuern aus dem Jahre 2010 (vgl. Urk. 10 S. 8) handelt es sich nicht um gemeinsame Steuerschulden der Parteien. Die eingereichte vorläufige Steuerrechnung der Gemeindeverwaltung J. \_\_\_\_\_ vom 19. Januar 2010 lautet alleine auf den Beklagten und basierte bereits auf dem Tarif für Alleinstehende (Urk. 12/11). Die laufenden Steuern will die Klägerin schliesslich mit dem Hinweis auf den angeblich vorliegenden Mankofall nicht in die Bedarfsrechnung übernehmen (Urk. 2 S. 6). Die gemeinsamen Einkünfte der Parteien reichen indessen zur Finanzierung der notwendigen Unterhaltskosten aus. Betragsmässig wendet die Klägerin gegen die von der Vorinstanz auf Fr. 600.- geschätzte Steuerlast (vgl.

- 24 - Urk. 3 S. 17) nichts ein. Diese Auslagen sind damit im Bedarf des Beklagten zu belassen.

### **E. 5.3**

Durch Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf ist abschliessend die Leistungsfähigkeit des Beklagten zu bestimmen. Mit seinem Einkommen von Fr. 5'439.25 beziehungsweise mit dem ab 1. Januar 2011 behaupteten Einkommen von Fr. 4'815.- hat der Beklagte einschliesslich der im Rekursverfahren nicht umstrittenen Ausgabenpositionen für den nachfolgenden Bedarf aufzukommen:

## Grundbetrag

Fr. 1'200.– Mietkosten

Fr. 800.– Verpflegung

Fr. –.– Krankenkasse

Fr. 294.50 Hausrat-/Haftpflichtversicherung Fr. 30.– Abzahlung Steuern 2009

Fr. –.– übrige Schuldentilgung

Fr. –.– laufende Steuern

Fr. 600.– Total Bedarf (gerundet)

Fr. 2'925.–

Der Klägerin fehlen ab 1. Januar 2011 zur Bestreitung ihrer auf Fr. 3'725.– zu beziffernden Lebenshaltungskosten bei eigenen Erwerbseinkünften von Fr. 2'525.– monatliche Barmittel von Fr. 1'200.–. In diesem Umfang ist ein Unterhaltsanspruch der Klägerin ausgewiesen. Dem Beklagten dagegen verbleibt selbst bei Beachtung des ab Januar 2011 geltend gemachten geringeren Einkommens von Fr. 4'815.– pro Monat nach Deckung des eigenen Bedarfs ein monatlicher Überschuss von Fr. 1'890.–. Folglich ist die Leistungsfähigkeit des Beklagten zur Zahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen von Fr. 1'200.– ab 1. Januar 2011 zu bejahen. 6.1 Die Vorinstanz gelangte zur Überzeugung, dass die Klägerin bis Ende Juni 2011 die erforderliche Steigerung ihres Erwerbseinkommens werde bewerkstelligen können und ab dann nicht mehr auf Unterhaltszahlungen des Beklagten angewiesen sei (Urk. 3 S. 17 f.). Nachdem die Vorinstanz zuvor noch befunden hatte, angesichts ihrer zwei Anstellungen könne die Klägerin spätestens ab Januar 2011 bei einem Beschäftigungsgrad von 70 % ein Einkommen von monatlich

- 25 - Fr. 3'000.– erzielen (vgl. Urk. 3 S. 11), lässt sich dem vorinstanzlichen Entscheid nicht entnehmen, wie die Klägerin die zur Finanzierung der Lebenskosten nach wie vor fehlenden Mittel konkret erlangen sollte. Vor diesem und dem weiteren Hintergrund, dass die Vorinstanz selber mehrere hinsichtlich der klägerischen Erwerbsperspektiven tendenziell eher ungünstige Faktoren genannt hat (vgl. Urk. 3 S. 18), erscheint die nicht näher begründete Erkenntnis, der Klägerin sei ab Juni 2011 die Erzielung ausreichender Einkünfte möglich, wohl allzu pauschal. Im Zusammenhang mit den einleitenden Erwägungen in der angefochtenen Verfügung, wonach bei der gegebenen Sachlage lediglich ein sich an der Dauer der Ehe orientierender Solidaritätsunterhalt geschuldet sei (vgl. Urk. 3 S. 8), machen die vorerwähnten Ausführungen indessen deutlich, dass die Vorinstanz eine uneingeschränkte Unterhaltspflicht für die Dauer des Getrenntlebens nicht für angebracht hielt. Wenn der Beklagte im Rekursverfahren ausführt, aufgrund der kurzen und nicht lebensprägenden Ehe habe er während des Getrenntlebens nicht das wirtschaftliche Risiko der Klägerin zu tragen (vgl. Urk. 10 S. 6) und es sei nun an der Zeit, dass die Klägerin die Verantwortung in die eigenen Hände nehme (Urk. 18 S. 5), scheint er ebenfalls für eine von der tatsächlichen Erwerbssituation losgelöste Befristung der Unterhaltsbeiträge einzutreten. Solche Überlegungen mögen in Bezug auf den nahehelichen Unterhalt ihre Berechtigung haben, können jedoch für die Regelung des ehelichen Unterhalts nicht ausschlaggebend sein. Der eine jede Ehe prägende Solidaritätsgedanke kann während des Getrenntlebens von seinem Wesen her nicht weniger weit reichen als nach Auflösung der Ehe. Der Grundsatz der ehelichen Solidarität muss sich

daher bei der Unterhaltsbestimmung im Rahmen eines Eheschutzverfahrens stärker auswirken als bei der Beurteilung des nachhehlich geschuldeten Unterhalts. Soweit der Beklagte bereits im Eheschutzverfahren ausschliesslich Art. 125 ZGB und die darin statuierten Grundsätze der Eigenverantwortung und der Eigenversorgung (Prinzip des clean break) angewendet haben will, verkennt er, dass auch nach Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes in einem Scheidungs- oder Eheschutzverfahren der Unterhaltsanspruch seine Grundlage in den Art. 163 ff. ZGB behält (BGE 130 III 543 E. 3.4; BGer vom 22. September 2010, 5A\_516/2010 E. 3.6). An dieser rechtlichen Ausgangslage ändert nichts, dass im Falle einer als endgültig gescheitert zu

- 26 - bezeichnenden Ehe die Kriterien gemäss Art. 125 ZGB mit zu berücksichtigen sind. Diese Mitberücksichtigung gilt denn auch vor allem in Bezug auf die Frage der Wiederaufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit. 6.2 Eine abstrakte Begrenzung des Unterhaltsanspruchs in zeitlicher Hinsicht wäre vorliegend auch von der Sache her nicht gerechtfertigt. Die Parteien haben sich im Jahre 2000 kennengelernt. Die Klägerin war damals 38 Jahre alt und übte ein Vollzeitpensum im kaufmännischen Bereich aus. Nachdem der Beklagte Mitte des Jahres 2001 als Pächter das Hotel H.\_\_\_\_\_ in ... übernommen hatte, verlegten die Parteien ihren gemeinsamen Wohnsitz dorthin und arbeiteten beide grundsätzlich vollzeitlich im Hotelbetrieb, die Klägerin als Gouvernante und der Beklagte als Geschäftsführer. Die Parteien haben am 12. April 2008 geheiratet und sich im November 2009 faktisch getrennt. Die Beziehung blieb kinderlos. Aus den vor Vorinstanz zu den Akten gereichten Lohnabrechnungen der Klägerin für die Monate vor der Trennung geht hervor, dass sie höchstens ein monatliches Einkommen von rund Fr. 1'700.- erzielte, bestehend teilweise aus eigentlichem Lohn und teilweise aus an dessen Stelle tretenden Versicherungsleistungen (Vi Urk. 13/7). In den Jahren 2008 und 2009 versteuerten die Parteien ein Einkommen der Klägerin von jeweils weniger als Fr. 25'000.- (Vi Urk. 13/10 und Vi Urk. 13/11). Ob der Lohn der Klägerin tatsächlich ausbezahlt wurde (vgl. Prot. I S. 11 und S. 16) und ob dieser ein volles Erwerbspensum abgelten sollte (vgl. Urk. 2 S. 3; Urk. 10 S. 4), muss nicht abschliessend geklärt werden. Die Einkommensverhältnisse der Klägerin während des Zusammenlebens belegen jedenfalls, dass sie ihren Lebensunterhalt mit dem eigenen Einkommen nicht vollständig alleine bestreiten konnte. Eine finanzielle Unabhängigkeit der Klägerin bestand demnach nicht. Die für den Familienunterhalt benötigten Geldmittel wurden vielmehr überwiegend vom Beklagten erwirtschaftet. Dies hat der Beklagte selber zum Ausdruck gebracht mit prägnanten Einlassungen der Art, die Klägerin habe sich von ihm "aushalten" lassen (Urk. 10 S. 5) oder es sei der Klägerin bei ihm "sehr gut gegangen" (Urk. 18 S. 4). In diesem Kontext ist nicht von unmittelbarem Belang, ob die Klägerin durch die Ehe letztlich in ihrem wirtschaftlichen Fortkommen behindert wurde. Noch viel weniger braucht die von den Parteien einlässlich und unter Nennung zahlreicher Beweismittel diskutierte Thematik zu interessie-

- 27 - ren, ob wegen der von der Klägerin geleisteten Hundebetreuung oder der nicht mehr möglichen Teilnahme an einer in K.\_\_\_\_\_ domizilierten Theatergruppe auf einen lebensprägenden Charakter der Ehe geschlossen werden müsste (vgl. Urk. 2 S. 3 f.; Urk. 10 S. 4 f.; Urk. 15 S. 2 f.; Urk. 18 S. 3 f.; Urk. 23 S. 2; Urk. 26 S. 2). Wesentlicher erscheint dagegen, dass die Klägerin während des Konkubnats und der anschliessenden Ehe ihre Arbeitskraft in den Dienst des gemeinsamen Hotelbetriebes gestellt und sich deshalb jedenfalls beruflich umorientiert hat. Dies war nur vor dem Hintergrund des Vertrauens auf eine Versorgungsgemeinschaft möglich. Wiederum nebensächlich bleiben muss dabei, ob

die Übernahme des Hotelbetriebes einem gemeinsamen Wunsch der Parteien entsprochen oder ob damit in erster Linie ein "Lebenstraum" des Beklagten verwirklicht werden sollte (vgl. Urk. 2 S. 3; Urk. 10 S. 4; Urk. 15 S. 2; Urk. 18 S. 3). Bloss am Rande sei deshalb erwähnt, dass die Klägerin sich bis zu einem gewissen Grad widersprüchlich verhält, wenn sie einerseits ihr finanzielles und persönliches Engagement für das Hotelunternehmen in den Vordergrund rückt (Urk. 2 S. 6; Urk. 15 S. 2) sowie beispielsweise Auskunft über die Angestelltenlöhne erteilt (Urk. 23 S. 4), andererseits aber glauben machen will, sie habe nicht gewusst, worauf sie sich einlasse, und sei auch nie in geschäftliche Belange einbezogen worden (Urk. 15 S. 2). So oder anders wird die Klägerin die aufgebene Erwerbsbiografie nicht nahtlos fortsetzen können. Bei diesen Vorzeichen lässt sich ungeachtet der kurzen Ehedauer nicht behaupten, die Lebensverhältnisse der Parteien seien durch die Ehe noch in keiner Weise geprägt worden. Insofern kann auch von einer im Sinne von Art. 163 Abs. 2 ZGB vereinbarten Lebenshaltung gesprochen werden, welche die wirtschaftliche Selbstständigkeit der Klägerin eingeschränkt hat. Wie die vorstehenden Erwägungen gezeigt haben, gelang es der Gesuchstellerin nach Aufnahme des Getrenntlebens bislang nicht, die vollumfängliche Eigenversorgungskapazität wiederherzustellen. Weil die Klägerin wegen der zu verzeichnenden Einkommensschwäche ihren Notbedarf nicht decken konnte beziehungsweise nicht decken kann, hat der Beklagte sie gestützt auf die eheliche Unterhalts- und Beistandspflicht im Rahmen seiner Möglichkeiten finanziell zu unterstützen.

- 28 -

#### **E. 7**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich und an das Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

- 34 - Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 8**

Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 25. April 2012 \_\_\_\_\_ OBERGERICHT DES  
KANTONS ZÜRICH I. Zivilkammer Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. S. Clausen

versandt am: se

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