

# **ZH\_OBERGERICHT LE220005 vom 5. Juli 2022**

ZH Obergericht, 2022-07-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE220005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE220005)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE220005 du 5 juillet 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT LE220005 del 5 luglio 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Parteien haben im Jahr 2013 geheiratet und leben seit April 2021 getrennt. Seit dem 9. Juni 2021 standen sie sich vor der Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren gegenüber (Urk. 23 S. 3 und S. 5 sowie Urk. 1 ff.). Hinsichtlich der Prozessgeschichte kann auf den vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden (Urk. 23 S. 3 f.). Mit Urteil und Verfügung vom 10. Januar 2022 wurde das Getrenntleben der Parteien geregelt (Urk. 23). Neben weiteren Anordnungen wurde der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) verpflichtet, der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchstellerin) für den Zeitraum von Mai 2021 bis Januar 2022 ausstehende Unterhaltsbeiträge in Höhe von Fr. 14'062.– und ab Februar 2022 für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'700.– zu bezahlen (Urk. 23 S. 26).

- 6 -

### **E. 1.1**

Trifft die Berufungsinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Diese sind nach dem Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens der Parteien zu regeln (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

### **E. 1.2**

Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 2'100.– fest, auferlegte sie dem Gesuchsgegner und verpflichtete ihn, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 3'000.– inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer zu bezahlen (Urk. 23 S. 25 ff.). Die Höhe der Entscheidgebühr wurde von keiner Partei beanstandet und erweist sich als angemessen. Gemessen an den ursprünglichen Anträgen zum Hauptstreitpunkt des ehelichen Unterhalts (im Falle der Gesuchstellerin in den Plädoyernotizen sinngemäss auf Fr. 1'760.– beziffert; Urk. 13 Rz. 7) unterliegt die Gesuchstellerin zu rund einem Viertel und der Gesuchsgegner zu rund drei Vierteln. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist dementsprechend anzupassen und der Gesuchsgegner zur Übernahme der Gerichtskosten im Umfang von Fr. 1'575.– sowie der Leistung einer reduzierten Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu verpflichten. Die verbleibenden Gerichtskosten von Fr. 525.– hat die Gesuchstellerin zu tragen. Bei den Parteien wurde die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt (Urk. 23 S. 25), weshalb beide Kostenanteile einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. 2. Kosten des Berufungsverfahrens

### **E. 1.3**

Die Gesuchstellerin führt aus, mit der Eheschliessung würden deren Wirkungen, namentlich ein Anspruch nach Art. 163 ZGB begründet. Dieser könne nicht pauschal wegbedungen werden und sei nicht an voreheliche Abreden oder Willensäusserungen gebunden. Selbstverständlich könnten sich die Ehegatten über die Rollenteilung einigen. Diese könne jedoch nicht ungeachtet der konkreten Lebensumstände lediglich auf Parteivorstellung beruhen. Es gebe Lebensumstände, die nicht vorhersehbar und durch niemanden zu verantworten seien, unter anderem Krankheiten. Jedenfalls könne bei staatlicher Unterstützung von keinem gewählten Lebensplan die Rede sein (Urk. 34 Rz. 6). Während der Ehe der Parteien sei sie zu keiner Zeit einer Erwerbstätigkeit nachgegangen (Urk. 34 Rz. 9). Zudem könne ein Beitrag zum ehelichen Unterhalt auch in Naturalleistungen bestehen. Die beruflichen Errungenschaften des Gesuchsgegners seien nur infolge der Ehe mit ihr ermöglicht worden, nicht zuletzt wegen der Möglichkeit der Niederlassung in der Schweiz. Hinzu komme, dass sie dem Gesuchsgegner während Jahren den Rücken freigehalten habe, indem sie sich um den gemeinsamen Haushalt gekümmert und ihn mit den hiesigen Verhältnissen vertraut gemacht habe und ihre sprachlichen Kenntnisse für seine Fortschritte eingesetzt habe (Urk. 34 Rz. 10).

- 10 - 1.4.1. Nach konstanter höchstrichterlicher Praxis bestehen auch während der Dauer der Trennung im Sinne von Art. 175 ZGB die Ehebande und damit die gegenseitigen Beistands- und Unterstützungspflichten nach wie vor und Art. 163 ZGB (und nicht Art. 125 ZGB) bildet die Grundlage für die Festsetzung des Trennungsunterhalts (BGE 140 III 337 E. 4.2.1; 137 III 385 E. 3.1.; BGer 5A\_493/2017 vom 7. Februar 2018, E. 3.1). Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn nicht mehr ernsthaft mit einer Wiederaufnahme des Zusammenlebens zu rechnen ist und die Eheschutzmassnahmen in erster Linie dazu dienen, die Übergangszeit bis zur Scheidung zu regeln. Ist jedoch nicht mehr ernsthaft mit einer Wiederaufnahme des Zusammenlebens zu rechnen, gewinnt – neben der nach wie vor bestehenden ehelichen Solidarität – das Ziel der wirtschaftlichen Selbständigkeit an Bedeutung, weshalb beim Entscheid über den ehelichen Unterhalt während der Dauer der Trennung auch die für den nahehelichen Unterhalt geltenden Kriterien von Art. 125 ZGB miteinzubeziehen sind (BGE 138 III 97 E. 2.2; BGer 5A\_493/2017 vom 7. Februar 2018, E. 3.1). Das bedeutet aber nicht, dass in einem solchen Fall ausschliesslich die Kriterien von Art. 125 ZGB zur Anwendung gelangen und die Festsetzung der (ehelichen) Unterhaltsbeiträge nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 163 ZGB durch die mutmasslich zu erwartende naheheliche Unterhaltsregelung gemäss Art. 125 ZGB respektive die diesbezüglichen Überlegungen präjudiziert würde. Es geht insbesondere nicht darum, den Entscheid über den nahehelichen Unterhalt im Eheschutzverfahren vorwegzunehmen. Vielmehr ist in erster Linie zu prüfen, ob und in welchem Umfang einem Ehegatten im Lichte dieser Kriterien allenfalls schon während der Dauer der Eheschutzmassnahmen eine (Wieder-)Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit und damit die Erzielung eines eigenen oder höheren Erwerbseinkommens zuzumuten ist (BGE 138 III 97 E. 2.2; 137 III 385 E. 3.1; 130 III 537 E. 3.2 und 3.4; 128 III 65 E. 4.a; zum Ganzen auch BGer 5A\_516/2010 vom 22. September 2010, E. 3.6.). Dadurch soll der betroffene Ehegatte in der Trennungszeit zwar einerseits den Schutz erhalten, den ihm die Ehe bietet; andererseits trifft ihn aber auch die Pflicht, sich im Rahmen des Zumutbaren auf die absehbare Auflösung der Ehe vorzubereiten. Angesichts dieser Doppelnatur kommt der Frage der Eigenversorgungskapazität beim Trennungsunterhalt weniger Gewicht zu bzw. stellt sich diese Frage weniger ak-

- 11 - zentuiert als bei der Festsetzung des nahehelichen Unterhalts (BGer 5A\_21/2012 vom 3. Mai 2012, E. 3.3; 5A\_474/2013 vom 10. Dezember 2013, E. 4.3.2; OGer ZH LE190046 vom 05.02.2020, E. 7.2.). Indes gilt aufgrund der neuesten Rechtsprechung auch hier, dass eine vorhandene Arbeitskapazität grundsätzlich auszuschöpfen und eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen ist, soweit dies tatsächlich möglich ist (BGE 147 III 301 E. 6 S. 307). 1.4.2. Sind Unterhaltsbeiträge gestützt auf Art. 176 ZGB (allenfalls in Verbindung mit Art. 125 ZGB) festzulegen, so geht das Gericht von den bisherigen ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Vereinbarungen der Ehegatten über Aufgabenteilung und Geldleistungen nach Art. 163 ZGB aus (BSK ZGB- Schwander, Art. 176 N 2). Der Unterhaltsanspruch gemäss Art. 163 und Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB leitet sich aus Art. 159 Abs. 3 ZGB ab, gemäss welcher Bestimmung sich die Ehegatten gegenseitig Treue und Beistand schulden. Die Beistandspflicht umfasst dabei unter Umständen materielle Leistungen über das nach Art. 163 ZGB Geschuldete hinaus, namentlich wenn der andere Ehegatte vorübergehend seinen Anteil an den Familienunterhalt nicht leisten kann. Die Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB fordert jedenfalls die sofortige Übernahme des anfallenden Teiles an notwendigen Unterhaltsleistungen gerade auch im Falle, dass sich die Eheleute vorläufig über die Aufgabenteilung nicht einigen können (BSK ZGB-Schwander, Art. 159 N 12). Ob eine Beistandspflicht vorliegt, ergibt sich aus einer Interessenabwägung, die ihre Grenze in der Leistungsfähigkeit des Pflichtigen und in der Zumutbarkeit der Leistung findet (CHK-Zeiter/Schlumpf, ZGB 159 N 13).

### **E. 1.5**

Die Ausführungen des Gesuchsgegners zur Frage, ob die Parteien eine Vereinbarung über die finanziellen Beiträge an den Familienunterhalt getroffen haben, sind widersprüchlich. So macht er teilweise eine entsprechende Einigung geltend (Urk. 22 Rz. A.6.5.), spricht aber andernorts explizit von einem Dissens (Urk. 22 Rz. A.6.3.). Aus seinen Ausführungen ergibt sich jedoch klar, dass die Parteien sich offensichtlich nicht auf gegenseitige finanzielle Unabhängigkeit verständigt haben respektive sie sich diesbezüglich uneinig waren. So führt er aus, er habe stets gegenseitige finanzielle Unabhängigkeit gefordert, die Gesuchstellerin habe aber erwartet, von ihm finanziell unterstützt zu werden (Urk. 22 Rz. A.3.).

- 12 - Unabhängig von den (divergierenden) Vorstellungen und Wünschen der Parteien vor und während der Ehe kann bis zum 1. März 2021 aber insbesondere auch deshalb nicht von einer Vereinbarung über die Aufgabenteilung und Geldleistungen gesprochen werden, da eine solche offensichtlich nie gelebt wurde. Mit der Vorinstanz (und den Parteien [Urk. 23 S. 12; Urk. 22 Rz. 6.3.; Urk. 34 Rz. 6]) ist festzuhalten, dass Sozialhilfebezug nicht als Lebensplan oder als Vereinbarung über gleichwertige finanzielle Beteiligung am Familienunterhalt angesehen werden kann. Wie die Vorinstanz zudem richtig feststellte, hat der Gesuchsgegner die Gesuchstellerin von März bis Anfangs Mai 2021 sehr wohl finanziell unterstützt (Urk. 23 S. 19; Urk. 15 S.14). Ob diese Zahlungen bereits ausreichen, um von einer Vereinbarung über Geldleistungen im Sinne von Art. 163 ZGB auszugehen, kann jedoch offengelassen werden. Selbst wenn man annähme, dass auch nach Aufnahme der Erwerbstätigkeit des Gesuchsgegners am 1. März 2021 keine Vereinbarung über die Aufgabenteilung und Geldleistungen getroffen bzw. gelebt wurde, schliesse dies einen Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin nicht aus. Die Parteien sind – trotz Trennung – noch immer verheiratet und haben einander daher Beistand zu leisten. Grundlage des

Unterhaltsanspruchs bildet bei Fehlen einer Einigung über die Aufgabenteilung und Geldleistungen nicht Art. 163 i.V.m. 176 ZGB, sondern die eheliche Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB (vgl. E. III.1.4.2.). Zu erinnern ist auch daran, dass die Eheleute aufgrund des Solidaritätsgedankens nicht nur gegenseitig die Verantwortung für die Auswirkungen tragen, welche die Aufgabenteilung während der Ehe auf die Erwerbsfähigkeit eines Ehegatten haben kann, sondern auch für die anderen Gründe – namentlich Krankheiten –, die einen Ehegatten daran hindern, seinen Unterhalt aus eigenen Kräften zu bestreiten (BGer 5A\_800/2016 vom 18. August 2017, E. 6.3.).

### **E. 1.6**

Daher ist der Gesuchsgegner bei gegebener Leistungsfähigkeit zu Unterhaltszahlungen zu verpflichten, soweit ihm dies zumutbar ist und die Gesuchstellerin ihren Lebensunterhalt nicht aus eigener Kraft bestreiten kann. Ein unzumutbarer Eingriff in die Rechtsposition des Gesuchsgegners ist nicht auszumachen, da ihm das Existenzminimum (aufgrund der Quellenbesteuerung sogar unter Berücksichtigung der Steuern) belassen wird. Ferner wird ihm keine Rolle innerhalb der Ehegemeinschaft zugewiesen, welche er zuvor nicht wahrnahm o-

- 13 - der wahrnehmen wollte, hat er die Erwerbstätigkeit doch aus freien Stücken aufgenommen respektive seit langem angestrebt. Hinzu kommt, dass es sich nicht um eine unbefristete Unterhaltspflicht handelt, sondern spätestens im Rahmen der Scheidung eine Neuevaluation der Situation stattfinden wird. Auch der Umstand, dass der Gesuchsgegner angeblich stets auf gleichwertige Rollenverteilung gepocht und sich eine finanziell unabhängige Frau gewünscht hat (Urk. 22 Rz. A.6.1, 6.4.), begründet keine Unzumutbarkeit, war doch dem Gesuchsgegner die finanzielle Abhängigkeit der Gesuchstellerin stets – beginnend bereits, als die Gesuchstellerin 2009 zum Gesuchsgegner in die Türkei zog und auch nach der Heirat und dem Umzug in die Schweiz (vgl. Urk. 22 Rz. A.3) – bekannt und hielt er gleichwohl während neun Jahren an der Ehe fest.

### **E. 1.7**

Nach dem Gesagten ist der Gesuchsgegner aufgrund der ehelichen Beistandspflicht gehalten, die Gesuchstellerin finanziell zu unterstützen, soweit ihm dies möglich ist und die Gesuchstellerin kein Einkommen erzielt oder erzielen kann. Der Beizug der Kriterien gemäss Art. 125 ZGB bedeutet vorliegend nichts anderes, als dass bereits im Eheschutzverfahren und nicht erst im Scheidungsverfahren zu prüfen ist, ob die Gesuchstellerin in der Lage ist, selbst für ihren Lebensunterhalt aufzukommen, mithin, ob ihr ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist, wie die Vorinstanz richtig feststellte (Urk. 23 S. 12; E. III.1.4.1.). 2. Hypothetisches Einkommen der Gesuchstellerin

### **E. 2**

Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 28. Januar 2022 (Urk. 22) fristgerecht (Art. 311 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO und Urk. 18/1) Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Anträge sowie ein Gesuch um aufschiebende Wirkung. Mit Verfügung vom 4. Februar 2022 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung angesetzt und es wurde angeordnet, dass bis zum Entscheid über das Gesuch alle Vollstreckungshandlungen hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 4, 5 und 10 des angefochtenen Urteils zu unterbleiben haben (Urk. 27). Nach Eingang der Stellungnahme der Gesuchstellerin (Urk. 28) wurde der Berufung mit Verfügung vom 25. Februar 2022 teilweise die aufschiebende Wirkung erteilt

(Urk. 32). Mit Verfügung vom 10. März 2022 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um die Berufungsantwort einzureichen (Urk. 33). Diese ging fristgerecht ein (Urk. 34) und wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 25. April 2022 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 38). Der Gesuchsgegner reichte in der Folge eine Stellungnahme bzw. Noveneingabe ein, welche der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 39-41). Die daraufhin eingereichte Stellungnahme der Gesuchstellerin wurde dem Gesuchsgegner ebenfalls zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 42 f.). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

### **E. 2.1**

Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und Abs. 2 sowie § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG auf Fr. 4'500.– festzusetzen.

### **E. 2.2**

Der Gesuchsgegner erreicht mit der Berufung eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge von rund einem Fünftel, weshalb es sich rechtfertigt, ihm die Gerichtskosten im Umfang von Fr. 3'600.– und im Umfang von Fr. 900.– der Gesuchstellerin aufzuerlegen. In Anwendung von § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3, § 11 Abs. 1 und 2 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die Parteient-

- 24 - schädigung auf Fr. 3'500.– festzusetzen. Angesichts seines überwiegenden Unterliegens ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine reduzierte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 2'100.– zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer zu bezahlen, gerundet total Fr. 2'260.–.

- 25 - 3. Unentgeltliche Rechtspflege

### **E. 2.3**

Die Gesuchstellerin führt aus, aus dem Kurzbericht des Psychotherapeuten E.\_\_\_\_\_ gehe hervor, dass sie wegen ihrer psychischen Beeinträchtigung zu Zeiten ihrer Rückkehr aus der Türkei, wohl im Jahr 2013, nicht arbeitsfähig gewesen sei. Danach habe der Zuzug des Gesuchsgegners sie massiv überfordert, da er in allen Belangen auf sie angewiesen gewesen sei. Sodann gehe aus dem Bericht weiter hervor, dass sie nach der Krebsbehandlung eine Somatisierungsstörung, panikartige Ängste und depressive Verstimmungen entwickelt habe. Zudem sei sie seit ihrer Kindheit grossen psychosozialen Belastungen infolge häuslicher Gewalt ausgesetzt gewesen. Entgegen den Ausführungen des Gesuchsgegners werde eine Diagnose wiedergegeben und nachgewiesen, dass nicht nur ein vorübergehendes Leiden vorliege. Entsprechend könne ihr infolge des gesundheitlichen Aspekts die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht zugemutet werden (Urk. 34 Rz. 15).

### **E. 2.4**

Nach der Rechtsprechung darf das Gericht bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen von einem hypothetischen Einkommen ausgehen, falls und soweit der unterhaltsberechtigte oder unterhaltspflichtige Ehegatte bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr verdienen könnte, als er effektiv verdient. Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss sie aber ausser Betracht bleiben. Die Zumutbarkeit und die Möglichkeit, ein Einkommen zu erzielen, sind zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Welche Tätigkeit als zumutbar erscheint, ist eine frei überprüfbare Rechtsfrage. In der Praxis stellt sich die Frage der Zumutbarkeit in der Regel entweder bei Kinderbetreuungspflichten oder wenn es

um die Frage geht, ob nach einer langjährigen Ehe mit klassischer Rollenteilung die Wiederaufnahme bzw. Ausdehnung der Erwerbstätigkeit aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht zugemutet werden kann. Ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist, bildet hingegen eine Tatfrage, die durch entsprechende Feststellungen oder durch die allgemeine Lebenserfahrung beantwortet wird. Auch im letzten Fall müssen aber die Tatsachen als vorhanden festgestellt sein, die eine Anwendung von Erfahrungssätzen überhaupt erst ermöglichen. Dazu gehören insbesondere die berufliche Qualifikation, das Alter und der Gesundheitszustand sowie die Lage auf dem Arbeitsmarkt (BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2 S. 108; 128 III 4 E.

- 16 - 4 S. 5 ff.; BGer 5A\_129/2019 vom 10. Mai 2019, E. 3.2.2.1.; Regina E. Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt in der neusten Rechtsprechung, in: Jusletter vom 3. Mai 2021, S. 5 f.).

### **E. 2.5**

Wie der Gesuchsgegner richtig ausführt, hat sich die Vorinstanz nicht zur Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit geäußert. Da die Möglichkeit und Zumutbarkeit, ein Einkommen zu erzielen, jedoch kumulativ vorliegen müssen, damit der Gesuchstellerin ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden kann, erübrigt sich bei fehlender Möglichkeit die Prüfung der Zumutbarkeit. Ohnehin ist diese in der Regel und auch hier zu bejahen, da die Gesuchstellerin weder Kinderbetreuungspflichten hat noch eine langjährige Ehe mit klassischer Rollenteilung vorliegt oder sonstige Umstände ersichtlich sind, die eine Erwerbstätigkeit als unzumutbar erscheinen liessen.

### **E. 2.6**

Die Vorinstanz begründete die Unmöglichkeit der Erzielung eines Einkommens einerseits mit der langjährigen Absenz der Gesuchstellerin vom 1. Arbeitsmarkt und andererseits mit ihrem gesundheitlichen Zustand (Urk. 23 S. 18). Ersteres genügt insbesondere angesichts des Alters der Gesuchstellerin von 36 Jahren nicht, um die Möglichkeit einer Erwerbstätigkeit zu verneinen, wie der Gesuchsgegner zu Recht rügt. Damit bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz die Möglichkeit der Gesuchstellerin, ein Erwerbseinkommen zu erzielen, gestützt auf ihren gesundheitlichen Zustand zu Recht verneint hat. Diesbezüglich ist zu bemerken, dass sich die Begründung der Vorinstanz lediglich aufgrund der fehlenden Angabe des konkreten Aktenstücks nicht als ungenügend erweist. Es liegt ein einziger medizinischer Bericht betreffend die Gesuchstellerin bei den Akten (Urk. 2/1d), dessen Wortlaut die Vorinstanz zitierte (Urk. 23 S. 18). Der Gesuchsgegner bezieht sich mit seinen Rügen in der Berufung denn auch auf eben diesen Bericht, weshalb ihm offensichtlich klar war, von welcher "ärztlichen Bescheinigung" die Rede war.

### **E. 2.7**

Die Gesuchstellerin leidet an einer Angststörung sowie an psychosomatischen Beschwerden. So führt E.\_\_\_\_\_, dipl. Psych. FH und Psychotherapeut FSP, aus, dass die Gesuchstellerin nach ihrer Krebserkrankung im Jahr 2014 eine Somatisierungsstörung, panikartige Ängste und depressive Verstimmungen

- 17 - entwickelt habe und wegen psychischer Beeinträchtigungen nicht arbeitsfähig gewesen sei (Urk. 2/1d S. 1). Die Gesuchstellerin präziserte, dass aufgrund ihrer Blasenkrebserkrankung eine Angststörung mit Panikattacken entstanden sei (Prot. I. S. 9 f.).

Zur aktuellen Situation hält E. \_\_\_\_\_ fest, die Ängste der Gesuchstellerin hätten sich wieder verstärkt und damit auch die psychosomatischen Beschwerden (Urk. 2/1d S. 2). Dies deckt sich mit den Ausführungen der Gesuchstellerin, welche auf die Frage, weshalb sie heute stark eingeschränkt arbeitsfähig sei, auf die Angststörung und auf psychosomatische Beschwerden, Kopfschmerzen und Probleme im Magen-/Darmbereich verweist (Prot. I. S. 9 f.). Auch wenn E. \_\_\_\_\_ in seinem Bericht klarer hätte festhalten können, woran die Gesuchstellerin leidet, verbleiben keine ernsthaften Zweifel, dass es sich dabei um die von der Gesuchstellerin angeführte Angststörung und psychosomatischen Beschwerden handelt, auch wenn keine Diagnosestellung unter Angabe einer ICD-Klassifikation erfolgt. Der Gesuchsgegner bestritt im Laufe des gesamten Verfahrens denn auch nie, dass die Gesuchstellerin nach ihrer Krebserkrankung eine Angststörung entwickelt habe (vgl. Urk. 15 S. 7, S. 10 f.). Er bestätigte selbst, dass die Blasenkrebserkrankung die Gesuchstellerin "mitgenommen" habe (Urk. 15 S. 7), und nimmt auch in der Berufungsschrift Bezug auf die erwähnten Angststörungen mit Panikattacken, ohne diese in Frage zu stellen (Urk. 22 Rz. A.7.3.). Somit scheint auch er das Vorliegen einer Angststörung nicht in Abrede zu stellen, sondern lediglich die daraus abgeleitete eingeschränkte Arbeitsfähigkeit.

### **E. 2.8**

An der Einschätzung von E. \_\_\_\_\_, wonach die Angststörung und die psychosomatischen Beschwerden zu einer stark eingeschränkten Arbeitsfähigkeit geführt haben, vermag der Gesuchsgegner mit seinen Einwänden keine begründeten Zweifel zu wecken. So trifft zwar zu, dass im Bericht weder Angaben zum Behandlungsplan noch zu einer allfälligen Medikation gemacht werden. Diese Fragen bilden jedoch nicht Gegenstand des Berichts, was sich dessen Bezeichnung entnehmen lässt ("KURZBERICHT betr. Arbeitsfähigkeit in den Jahren 2016-2021"; Urk. 2/1d S. 1). Massgebend ist ohnehin die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit aufgrund allfälliger Erkrankungen und nicht die konkrete Therapieform. Die fehlenden Angaben zu Behandlungsplan und Medikation vermögen die

- 18 - Glaubhaftigkeit der Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit daher nicht zu erschüttern. Auch ist sein Hinweis auf das von der Gesuchstellerin absolvierte Praktikum nicht geeignet, um der Einschätzung E. \_\_\_\_\_s die Glaubhaftigkeit abzuspochen. Wie E. \_\_\_\_\_ und die Gesuchstellerin ausführten, habe ihr psychischer und körperlicher Zustand zeitweise verbessert werden können (Prot. I. S. 10, S. 13; Urk. 2/1d S. 2). Aufgrund fehlender Tagesstruktur – was mit Beendigung der Tätigkeit für die F. \_\_\_\_\_ im April 2020 (Urk. 2/1c) der Fall gewesen sein dürfte – habe sich der Gesundheitszustand der Gesuchstellerin jedoch wieder zunehmend verschlechtert (Urk. 2/1d S. 2). Dass die Gesuchstellerin in den Jahren 2018 bis Mitte 2020 zu 60% oder 80% arbeitsfähig gewesen ist (vgl. Urk. 2/1a-c, Urk. 2/1d S. 2), schliesst eine anschliessende Verschlechterung ihres Gesundheitszustandes jedoch nicht aus. Sofern der Gesuchsgegner die Glaubhaftigkeit des Berichts wegen des fehlenden Anspruchs der Gesuchstellerin auf eine IV-Rente anzweifelt (Urk. 15 S. 7, S. 10), ist dem entgegen zu halten, dass die Leistungsverweigerung einer Sozialversicherung nicht per se einer vollständigen Arbeitsfähigkeit beziehungsweise einer intakten Gesundheit der betreffenden Person gleichgestellt werden kann (OGer ZH LY190047 vom 24.01.2020, E. 3.2.).

### **E. 2.9**

Inwiefern die Einschätzung betreffend die Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin ansonsten nicht schlüssig sein soll, legt der Gesuchsgegner nicht dar, weshalb auf den Bericht abzustellen ist. Die Vorinstanz war daher nicht gehalten, einen weiteren Bericht über den Gesundheitszustand der Gesuchstellerin einzuholen, zumal die im vorliegenden Verfahren geltende eingeschränkte Untersuchungsmaxime kein Erforschen des Sachverhalts erfordert und kein entsprechender Beweisantrag der anwaltlich vertretenen Parteien vorlag. Damit ist glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin derzeit nur stark eingeschränkt arbeitsfähig ist. Der Umfang der Arbeitsunfähigkeit wird damit angegeben, wenn auch nicht in Zahlen respektive Prozent. Ausgehend vom allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet "stark" mehr als bloss "mittelmässig" oder "überwiegend", somit in Prozent ausgedrückt etwa 80% (vgl. [https://de.wikipedia.org/wiki/Verbale\\_Rating-Skala](https://de.wikipedia.org/wiki/Verbale_Rating-Skala); besucht am 17.06.2022 um 14:00 Uhr). Eine Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin in diesem Umfang steht auch im Einklang mit der Einschätzung von E.\_\_\_\_\_, welcher der Gesuchstellerin

- 19 - bei besserem Gesundheitszustand eine Arbeitsfähigkeit von lediglich 60% bescheinigte (Urk. 2/1d S. 2). Die Verschlechterung ihres Gesundheitszustandes musste mithin zu einer Verminderung der 60-prozentigen Arbeitsfähigkeit geführt haben, welche sich aufgrund der anschliessend "stark" eingeschränkten Arbeitsfähigkeit kaum auf eine geringfügige Reduktion beschränkte. Die Ungenauigkeit im Bericht und die daraus resultierende Unsicherheit bleiben vorliegend aufgrund der knappen finanziellen Verhältnissen jedoch ohnehin ohne erhebliche Auswirkungen. Selbst wenn lediglich von einer 60- oder 70-prozentigen Arbeitsunfähigkeit auszugehen wäre, wäre die Gesuchstellerin auf Unterhaltsbeiträge in Höhe der nachfolgend zuzusprechenden angewiesen: Bei Anrechnung eines Einkommens wäre ihr Existenzminimum von Fr. 2'748.– (Urk. 23 S. 15) nämlich aufgrund hypothetischer Berufsauslagen wie Mobilitätskosten und Kosten für auswärtige Verpflegung zu erhöhen. Bei einem hypothetischen Einkommen von rund Fr. 1'500.– bei einem 40%-Pensum (ausgehend von dem vom Gesuchsgegner geltend gemachten monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 3'750.– bei 100% [Urk. 22 Rz. 7.6.]) verbleibt somit noch immer ein Manko, welches den Unterhaltsbeiträgen gemäss E. III.3.5. entspricht.

### **E. 2.10**

Zusammengefasst ist glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin derzeit und bis auf weiteres nur stark eingeschränkt arbeitsfähig ist, weshalb ihr kein (hypothetisches) Einkommen in einer Höhe angerechnet werden kann, aufgrund dessen der Gesuchsgegner die nachfolgend festzulegenden Unterhaltsbeiträge nicht mehr zu leisten hätte. Damit erübrigen sich auch weitere Ausführungen zur vom Gesuchsgegner beantragten Übergangsfrist (Urk. 22 Rz. B.3.).

- 20 - 3. Einkommen des Gesuchsgegners

### **E. 3**

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-21). Das Verfahren erweist sich als spruchreif, was den Parteien mit Verfügung vom 21. Juni 2022 bereits mitgeteilt wurde (Urk. 44). II. Prozessuale Vorbemerkungen 1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten sind die Dispositiv-Ziffern 1 bis 3, 6 und

### **E. 3.1**

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Unter denselben Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

### **E. 3.2**

Die Gesuchstellerin ist nicht erwerbstätig und wird derzeit für ihre Lebenshaltungskosten von den Sozialen Diensten unterstützt (Urk. 31/1). Die ihr zugesprochenen Unterhaltsbeiträge reichen nicht zur Deckung ihres Bedarfs aus, was mit heutigem Entscheid weiterhin der Fall ist. Über nennenswertes Vermögen verfügt sie nicht. Ihr Standpunkt kann im heutigen Verfahrensstadium nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Sie ist juristische Laiin und auch die Gegenpartei ist anwaltlich vertreten. Vor diesem Hintergrund ist der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person von MLaw Y.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

### **E. 3.3**

Der Gesuchsgegner verfügt nach Leistung der Unterhaltsbeiträge, zu welchen er mit heutigem Entscheid verpflichtet wird, nicht mehr über die Mittel, um das vorliegende Verfahren aus eigenen Mitteln zu bestreiten. Auch er verfügt über kein nennenswertes Vermögen. Er kann daher nicht verpflichtet werden, der Gesuchstellerin den beantragten Prozesskostenbeitrag (Urk. 28 S. 2; Urk. 34 S. 10) zu bezahlen. Sein Standpunkt konnte nicht als aussichtslos bezeichnet werden, wird die Berufung doch teilweise gutgeheissen. Auch er ist juristischer Laie und steht einer anwaltlich vertretenen Partei gegenüber. Daher ist ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von lic. iur. X.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen. Es wird beschlossen:

### **E. 3.4**

Laut Arbeitsvertrag des Gesuchsgegners wird der Bonus ausgerichtet, sofern die Voraussetzungen gemäss Personalverordnung erfüllt sind und das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist. Bestimmt und ausgerichtet wird der Bonus im Frühling, sobald die Leistungsindikatoren erhältlich sind (Urk. 10/11 S. 1). Letzteres zeigt, dass es sich nicht um eine echte Gratifikation handelt, welche vollkommen im Belieben des Arbeitgebers steht, sondern um eine Leistung, welche ausgerichtet ist, sobald (objektiv) messbare Leistungsziele erfüllt sind. Auch wenn der Bonus damit nicht garantiert ist, stellt die Ausrichtung eines solchen gerade bei Banken den Regelfall dar, insbesondere wenn Angestellte wie vorliegend keinen 13. Monatslohn erhalten. Insofern ist glaubhaft, dass der Gesuchsgegner jährlich einen Bonus erzielen wird, wie es denn bereits im Februar 2022 der Fall war (Urk. 40/10). Allerdings belief sich der Bonus lediglich auf Fr. 2'650.– brutto (Urk. 40/10). Es ist nicht davon auszugehen, dass innert eines Jahres mehrere Bonuszahlungen erfolgen, hält der Arbeitsvertrag doch ausdrücklich fest, dass der Bonus im Frühling festgelegt und ausbezahlt werde (Urk. 10/11 S. 1). Es ist damit für das Jahr 2021 von einem Bonus von Fr. 2'650.– brutto auszugehen. Nachdem sich die vorinstanzliche Annahme, dass aufgrund der Position und Anstellungsdauer des Gesuchsgegners ein Bonus in Höhe eines Monatslohns zu erwarten sei (Urk. 23 S. 17), nicht bewahrheitet hat, kann mangels anderer Anhaltspunkte auch künftig nicht von einem solchen ausgegangen

werden. Die Höhe des Bonus hängt gemäss Arbeitsvertrag vom Erreichen von Leistungszielen ab. Dass der

- 22 - Gesuchsgegner in Zukunft die (nicht bekannten) Leistungsziele erreichen wird, welche für einen Bonus in Höhe eines Monatslohns notwendig sind, wurde nicht glaubhaft gemacht. Da der Gesuchsgegner im Jahr 2021 jedoch erst ab März 2021 für die G. \_\_\_\_\_ tätig war (Urk. 10/11 S. 1), ist davon auszugehen, dass sich der Bonus nach einer ganzjährigen Tätigkeit entsprechend erhöhen wird, weshalb ab dem Jahr 2022 ein Bonus von Fr. 265.– brutto pro Monat anzurechnen ist.

### **E. 3.5**

Der Gesuchsgegner machte im vorinstanzlichen Verfahren monatliche Quellensteuerabzüge von Fr. 400.– bis Fr. 600.– voraussichtlich ab Oktober 2021 geltend (Urk. 15 S. 14), was von der Gesuchstellerin nicht bestritten wurde (Prot. I. S. 6 ff.; Urk. 3 Rz. 7). Der Gesuchsgegner reicht im Berufungsverfahren unter anderem die Lohnabrechnungen der Monate Dezember 2021 bis Februar 2022 ein (Urk. 26/6; Urk. 40/10), welche als echte Noven zu berücksichtigen sind. Aus diesen geht hervor, dass der Quellensteuerabzug 7.31% des Bruttolohns be- trägt und sich damit nicht wie von der Vorinstanz angenommen auf Fr. 300.–, sondern auf Fr. 426.– beläuft. Dem Einwand der Gesuchstellerin, wonach der Quellensteuervorbezug von monatlich Fr. 700.– nicht berücksichtigt werden kön- ne (Urk. 34 Rz. 22), ist entgegenzuhalten, dass der Gesuchsgegner dies gar nicht beantragt, sondern für den Zeitraum von Mai 2021 bis April 2022 von einem gleichbleibenden monatlichen Einkommen ausgeht (vgl. auch seinen Eventualan- trag; Urk. 22 S. 2, Rz. B.2.4. f.; so auch die Vorinstanz, vgl. Urk. 23 S. 17). Unter Berücksichtigung von Quellensteuerabzügen in Höhe von Fr. 426.– ab Mai 2021 beträgt das monatliche Nettoeinkommen ohne Bonus Fr. 4'617.– (Fr. 5'043.– ab- züglich Fr. 426.–) und mit Bonus Fr. 4'807.95 (9 x Fr. 4'617.– + Fr. 6'526.35 [Urk. 40/10] / 10). Der Gesuchsgegner weist nach Abzug des eigenen Existenz- minimums von Fr. 3'418.– (Urk. 23 S. 12) eine Leistungsfähigkeit von rund Fr. 1'390.– auf. Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils vom 10. Januar 2022 ist demgemäss anzupassen und der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Zeit von Mai 2021 bis Januar 2022 ausstehende Unterhaltsbeiträge von Fr. 12'510.– zu bezahlen. Des Weiteren ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin ab Februar 2022 für die weitere Dauer des Verfahrens monat- liche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'390.– zu bezahlen. Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils vom 10. Januar 2022 ist entsprechend anzupassen.

- 23 - IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens

### **E. 7**

des Urteils vom 10. Januar 2022. Diese Ziffern sind somit in Rechtskraft er- wachsen, was vorzumerken ist. Bezüglich Dispositiv-Ziffer 8 bis 10 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) erfolgt keine Vormerknahme der (Teil-)Rechtskraft (Art. 318 Abs. 3 ZPO). 2. Im Eheschutzverfahren stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 272 ZPO). Sind keine Kinderbelange zu regeln, ist die Untersu-

- 7 - chungsmaxime als eine eingeschränkte ausgestaltet. Das Gericht hat den Sach- verhalt nicht von Amtes wegen zu erforschen, sondern lediglich festzustellen (vgl. Schwander, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], Kommentar zur Schweize- rischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2015, N 3 ff. zu Art. 272 ZPO). Der Un- tersuchungsgrundsatz greift nur zum Ausgleich eines allfälligen Machtgefälles zwischen

den Parteien, weshalb sich das Gericht bei zwei anwaltlich vertretenen Parteien bei der Sammlung des Prozessstoffs wie im ordentlichen Prozess zurückhalten hat (vgl. Sutter-Somm/Hostettler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 12 ff. zu Art. 272 ZPO). Für Eheschutzmassnahmen gelangen sodann die Vorschriften über das summarische Verfahren im Sinne von Art. 248 ff. ZPO unter Vorbehalt von Art. 272 und 273 ZPO zur Anwendung (Art. 271 lit. a ZPO). Es soll in einem raschen Verfahren – ohne Anspruch auf abschliessende Beurteilung – eine vorläufige Friedensordnung hergestellt werden. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind, bei freier Beweiswürdigung, nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen (FamKomm Scheidung/Leuenberger/Suter, Anh. ZPO, Art. 276 N 1 und 21). Das Gericht muss somit nicht von der Richtigkeit einer Behauptung überzeugt sein. Es reicht aus, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen der fraglichen Tatsachen spricht (OGer ZH LY170047 vom 16.03.2018, E. II.1.2.). III. Materielles 1. Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners

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