

ZH_OBERGERICHT LQ080089 vom 26. April 2012

ZH Obergericht, 2012-04-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LQ080089

FR: ZH_OBERGERICHT LQ080089 du 26 avril 2012

IT: ZH_OBERGERICHT LQ080089 del 26 aprile 2012

Erwägungen

E. 1

Mit Eheschutzverfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 17. Oktober 2003 wurde der Sohn der Parteien für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin, Massnahmenbeklagten und Rekurrentin (fortan Massnahmenbeklagte) gestellt (Urk. 8/14/28 S. 2 Dispositivziffer 2). In Dispositivziffer 3 derselben Verfügung wurde das Besuchsrecht zwischen dem Sohn C._____ und dem Gesuchsteller, Massnahmenkläger und Rekursgegner (fortan Massnahmenkläger) geregelt. Sodann wurde der Massnahmenkläger verpflichtet, der Massnahmenbeklagten rückwirkend ab 1. April 2003 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'200.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) zu bezahlen, nämlich Fr. 2'000.– für sie persönlich und Fr. 1'200.– für den Sohn C._____, zahlbar monatlich jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats und unter Anrechnung allfälliger bereits bezahlter Unterhaltsbeiträge (Urk. 8/14/28 S. 2 Dispositivziffer 4). Die Unterhaltsbeiträge für den Sohn C._____ wurden dabei indexiert, wobei die erste Anpassung per 1. Januar 2005 zu erfolgen habe (Urk. 8/14/28 S. 3 Dispositivziffer 5). Weiter wurde Vormerk davon genommen, dass die Massnahmenbeklagte ausdrücklich auf eine Indexierung ihrer persönlichen Rente verzichtet habe (Urk. 8/14/28 S. 3 Dispositivziffer 6). Ferner wurde vorgemerkt, dass sich der Massnahmenkläger bereit erklärt hat, der Massnahmenbeklagten die eheliche Wohnung, ... [Adresse], in D._____, inklusive Stall und Garage, samt Hausrat für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung zu überlassen (Urk. 8/14/28 S. 3 Dispositivziffer 7 lit. a). Auch vorgemerkt wurde, dass sich der Massnahmenkläger verpflichtet hat, die Hypothekarzinsen der ehelichen Liegenschaft, sowie die gesamten Nebenkosten zu bezahlen. Kommt der Massnahmenkläger nicht für die Hypothekarzinsen und/oder die Nebenkosten auf und müssten diese von der Massnahmenbeklagten bezahlt werden, hat sich der Massnahmenkläger verpflichtet, der Massnahmenbeklagten in diesem Umfang ein Rückgriffsrecht gegen sich einzuräumen (Urk. 8/14/28 S. 3 Dispositivziffer 7 lit. b).

- 3 -

E. 2

Eventualiter: Die Unterhaltszahlungen an die Gesuchstellerin sowie diejenigen an den gemeinsamen Sohn C._____ seien vorsorglich ab dem 1. Juni 2008 angemessen zu reduzieren.

E. 3

Dem Gesuchsteller sei vorsorglich ab dem 1. Juni 2008 die alleinige Nutzung der Liegenschaft ... in D._____ zuzuweisen.

E. 4

Eventualiter, sollte die Rekurrentin vorsorglich aus der Liegenschaft ... während der Dauer des Verfahrens ausziehen müssen, sei die Rekurrentin berechtigt zu erklären, bei ihrem Auszug den

- 5 - Reitbetrieb (Pferde, Stallutensilien, Futter, etc.) sowie Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Verfahrens mitzunehmen.

E. 5

Die in der Vergangenheit vom Rekursgegner zu viel bezahlten Unterhaltsbeiträge werden anlässlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung ausgeglichen.

E. 6

Die Dispositivziffern 2, 3 und 4 der vorinstanzlichen Verfügung vom 19. Mai 2008 sind ersatzlos zu streichen.

E. 7

Die Rekurrentin zieht den Rekurs im Verfahren LQ100045 zurück.

E. 8

Die Parteien tragen die Kosten der Rekursverfahren LQ080089 und LQ100045 je zur Hälfte.

E. 8.00

Uhr angefangen habe, eine Betreuungsstunde organisieren müssen. Diese Betreuungsstunde besuche er seit dem neuen Schuljahr nicht mehr, da sich sein Stundenplan verändert habe. Dass er zweimal den Mittagstisch besuche, sei darauf zurückzuführen, dass an diesen Tagen der Schulunterricht nachmittags vorzeitig um 13.30 Uhr wieder beginne. Der Schulweg von C._____ dauere rund 30 Minuten und es sei deshalb für ihn knapp, über den Mittag nach Hause zu gehen, zumal sie am Donnerstag ebenfalls bis 12.00 Uhr arbeite und deshalb auch erst später nach Hause komme. Wie andere Kinder in seinem Alter gehe C._____ zur Schule, unternehme gelegentlich etwas mit seinen Kollegen und bleibe zweimal in der Woche über den Mittag in der Schule. Die Vorinstanz überspanne den Begriff 'Fremdbetreuung', wenn sie deshalb behauptete, C._____ sei in nicht geringem Umfang fremdbetreut. C._____ sei schulisch eher schwach und zeige zuweilen Lernhemmungen, weshalb er im Vergleich zu anderen Kindern mehr Unterstützung und Betreuung bei der Erledigung von Hausaufgaben benötige (unter Hinweis auf Urk. 8/33/3, Urk. 8/96, S. 20 und 24). Es sei unbestritten, dass sie während der Ehe stets Pferde gehabt und zur Deckung von deren Kosten einen kleinen Reitbetrieb geführt habe. Eine Situation, die nach der Trennung gleich belassen worden sei. Die Anschaffung der Pferde sei während des Zusammenlebens mit der Zustimmung des Massnahmenklägers erfolgt und sie sei dafür besorgt gewesen, dass die Pferde das Haushalt-Budget der Parteien nicht belastet habe. Die Pferde seien alt und könnten nicht mehr verkauft werden (unter Hinweis auf Prot. VI S. 85). Sie habe sie über Jahre gepflegt und eine emotionale Beziehung zu diesen Tieren aufgebaut. Die Vorderrichterin trage diesem Umstand keine Rechnung, sondern meine das Problem damit zu lösen, dass sie ihr aufzwingen, die eheliche Liegenschaft ... zusammen mit C._____ und den notwendigsten Habseligkeiten zu verlassen. Die Tiere sollten zurückblei-

- 14 - ben. Wer sich um sie – die Tiere – kümmere, kümmere die Vorderrichterin nicht. Der Vorinstanz könne lediglich darin gefolgt werden, dass die Pflege der Pferde allein nicht Grund genug wäre, ihr eine Steigerung ihrer Erwerbstätigkeit nicht zu- zumuten. Dies sei indessen vorliegend auch nicht der Fall. Vielmehr seien es andere Kriterien, die gegen die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sprechen würden: Sie habe nach der Geburt von C._____ ihre Erwerbstätigkeit aufgegeben und sei im Zeitpunkt der Einreichung des Scheidungsbegehrens im April 2005 nicht erwerbstätig gewesen. Sie sei damals bereits 52 Jahre alt gewesen. Sie verfüge über keine abgeschlossene Ausbildung. Sie habe mit Einreichung von erfolg- losen Bewerbungen (unter Hinweis auf Urk. 8/33/4, Urk. 8/40/2, Urk. 8/55/1) nachgewiesen, dass sie auf dem Stellenmarkt schlechte Aussichten habe. Es sei daher ein grosses Glück gewesen, dass sie per 1. Februar 2007 die Anstellung bei der E._____ im Umfang von 30% gefunden habe. Sie könne an dieser Stelle ihre Tätigkeit nicht steigern (unter Hinweis auf Prot. Vi S. 84). Dies werde auch durch die neue Bestätigung der Arbeitgeberin vom 23. Oktober 2008 noch zusätz- lich bewiesen. Sie erziele mit dieser Tätigkeit ein Nettoeinkommen von Fr. 1'299.45 (unter Hinweis auf Urk. 8/115/7). Sie habe irrtümlich mit Fr. 1'309.– gerechnet; die Differenz sei indessen gering. Der Massnahmenkläger schlage vor, sie könne in einem Billig-Discount eine Anstellung zu 50 % suchen (unter Hinweis auf Prot. Vi S. 85). Zu dem von ihr hierbei erzielbaren Einkommen äussere er sich nicht (unter Hinweis auf Urk. 8/108 S. 16). Es fehle somit bereits an der Substanti- ierung seiner Behauptung, sie könne ein höheres Einkommen erzielen, was die Vorinstanz – entgegen den geltenden Prozessregeln – nicht gewürdigt habe, son- dern die Arbeit des Massnahmenklägers übernehme und an seiner Stelle eine hypothetische Einkommensberechnung vornehme. Die Gehälter für ungelern- tes Verkaufspersonal seien bekanntermassen sehr tief und würden sich im Bereich von brutto Fr. 3'000.– bewegen, entsprechend netto Fr. 2'772.– (Sozialabzüge, 7,6 %, ohne BVG), umgerechnet auf 50% ergebe dies ein Einkommen von netto rund Fr. 1'386.–. Die Vorinstanz habe im Wissen um ihre fehlende berufliche Ausbildung, im Wissen um die monatelange erfolglose Stellensuche und im Wis- sen um die fehlende Möglichkeit, an ihrer jetzigen Arbeitsstelle ihre Erwerbstätig-

- 15 - keit ausbauen zu können, ihr jetziges Einkommen ungeachtet dieser Fakten ein- fach von 30% auf 50% hochgerechnet und sei mit dieser undifferenzierten Be- rechnungsweise auf ein gänzlich unrealistisches Nettoeinkommen von Fr. 2'180.– gelangt, was einem 100%-Nettoeinkommen von Fr. 4'360.– und einem 100%- Bruttoeinkommen von rund Fr. 4'800.– entsprechen würde. Dies bei einer unge- lernten Arbeitskraft ohne Berufserfahrung. In welcher Branche und bei welchem Arbeitgeber sie ein solches Einkommen generieren könne, lasse sich der Verfü- gung bezeichnenderweise nicht entnehmen. Im Übrigen würden bei einem Gehalt in dieser Höhe dann auch BVG-Abzüge zum Tragen kommen, was die Vorinstanz bei ihrer Berechnungsweise ebenfalls nicht berücksichtigt habe. Sie habe eine Anstellung gefunden, welche – mit Rücksicht auf ihre fehlenden beruflichen Quali- fikationen – überdurchschnittlich gut bezahlt sei. Diese Anstellungsbedingungen würde sie im Verkauf nie finden. Würde das Gericht ihr ein hypothetisches Ein- kommen im Umfang einer 50%-Tätigkeit anrechnen, so müsste sie ihre jetzige Anstellung kündigen mit dem Risiko, wieder lange Zeit keine Anstellung zu finden und um bestenfalls ein um Fr. 100.– erhöhtes Nettoeinkommen generieren zu können. Es gehe hier um die Frage der Anrechnung eines hypothetischen Ein- kommens bei einer 55-jährigen Frau ohne Berufsausbildung, und wenn man dies schon – entgegen der von ihr mit Verweis auf die herrschende Lehre und Praxis vertretenen Auffassung – in Betracht ziehen möchte, so

müsste ein solches hypothetisches Einkommen vorsichtig oder zumindest realistisch angesetzt werden. Das heisse, es wäre bei ihr höchstens mit einem hypothetischen 50%-Nettoeinkommen von Fr. 1'400.– zu rechnen. Der Massnahmenkläger habe im Rahmen dieses Verfahrens unablässig gegen sie polemisiert; die Tonalität der von ihm eingereichten Eingaben (unter Hinweis auf z.B. Urk. 8/17, Urk. 8/18, Urk. 8/105, Urk. 8/108) spreche für sich. Zuerst habe er sie als schlechte Mutter dargestellt. Die vom Kinderanwalt gemachten Feststellungen (unter Hinweis auf Urk. 8/36 und Urk. 8/57) sowie das in Auftrag gegebene Gutachten hätten indessen ein gänzlich anderes Bild ergeben (unter Hinweis auf Urk. 8/96). Immer wieder habe er – aktenwidrig – behauptet, sie verzögere das Verfahren, während de facto die Verfahrensdauer u.a. durch die von ihm zu Beginn des Prozesses erfolglos bestrittenen Zuständigkeiten (unter Hin-

- 16 - weis auf Urk. 8/9 und Urk. 8/11), die später angestregten vorsorglichen Massnahmebegehren (unter Hinweis auf Urk. 8/17, Urk. 8/108) sowie die vom Gericht zweimal kurzfristig abgesagten Verhandlungen verursacht worden sei. Des Weiteren habe er sich wiederholt auf den Standpunkt gestellt, sie habe nun sofort die Liegenschaft zu verlassen, ohne Rücksicht auf die während der Ehe getroffenen gemeinsamen Lebensentscheidungen, welche nicht rückgängig gemacht werden könnten. Sollte es nach dem Massnahmenkläger gehen, so hätte sie allein die Folgen dieser Entscheidungen zu tragen. In Würdigung der von der Vorinstanz getroffenen Verfügung müsse man sagen, dass diese Polemik leider scheine verfangen zu haben, andernfalls die Verfügung kaum derart einseitig ausgefallen wäre. Die ständigen Anschuldigungen des Massnahmenklägers, die regelmässigen Beschimpfungen durch ihn anlässlich der Übergaben von C. _____ bei Besuchswochenenden, die Sorge um ihre und die Zukunft von C. _____ würden sie beschäftigen und sich zunehmend auf ihre Belastbarkeit auswirken. Sie habe deshalb im Frühjahr bei Herrn Dr. phil. G. _____ erneut eine psychotherapeutische Behandlung aufgenommen. In der von Herrn G. _____ verfassten Bestätigung vom 27. Oktober 2008 werde die behauptete psychische Belastung belegt. Es gebe rechtlich keinen Grund, ihr im Rahmen dieses vorsorglichen Massnahmeverfahrens ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, sondern sämtliche Fakten würden dagegen sprechen. Es sei bei ihr von dem von ihr geltend gemachten Nettoeinkommen von Fr. 1'309.– auszugehen. c) Mit Eingabe vom 28. Juni 2010 machte die Massnahmenbeklagte folgendes geltend (Urk. 35 S. 8 f.): Ihr Arbeitgeber habe infolge der schlechten Konjunkturlage in Form einer Änderungskündigung ihr Pensum von 30% auf 20% reduziert. Seit April erziele sie nur noch ein Einkommen von Fr. 868.80 (exkl. Kinderzulagen, inkl. 13. Monatsgehalt). Sie sei seit dem 1. April 2010 beim RAV angemeldet. Bis heute habe sie jedoch kein Arbeitslosengeld erhalten. Die entsprechenden Abklärungen würden laufen. Sofern und sobald sie Taggeldzahlungen erhalte, werde sie die Belege nachreichen. Ihre Stellensuche bleibe ohne Erfolg. Nur nebenbei sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass entgegen der Darstellung des Massnahmenklägers nicht die Pferde sie am Arbeiten hindern würden,

- 17 - sondern die wirtschaftliche Realität sich dergestalt präsentiere, dass eine 57-jährige Arbeitnehmerin ohne besondere berufliche Qualifikation und ohne langjährige Berufserfahrung auf dem Stellenmarkt chancenlos sei. Die Frage der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens habe sich nach dieser Realität zu orientieren. Über weitere Einkünfte verfüge sie nicht. Insbesondere helfe sie auch keinem Hufschmied aus, wie der Massnahmenkläger anlässlich der Verhandlung vom 10. Mai 2010 behauptet habe (unter Hinweis auf Urk. 8/172 S. 10). Nennenswertes bewegliches Vermögen besitze sie

ebenfalls nicht mehr. Sie sei heute 57 Jahre alt, sie sei bis zur Trennung während der gesamten Ehe nicht erwerbstätig gewesen, und sie habe bis im August 2010 für den gemeinsamen Sohn C._____ gesorgt. Eine Steigerung ihrer Erwerbstätigkeit sei ihr gemäss Lehre und Praxis nicht zumutbar und de facto in Anbetracht der bestehenden Konjunkturlage auch nicht realisierbar, hätten doch ältere Arbeitssuchende auf dem Arbeitsmarkt an sich einen schweren Stand. Ein hypothetisches Einkommen dürfe nur dann angerechnet werden, wenn objektiv betrachtet die Möglichkeit bestehe, ein höheres Einkommen zu generieren. Eine Voraussetzung, an welcher es vorliegend klar mangle. Folge man der klaren Lehre und Rechtsprechung, so könne ihr im Rahmen dieses vorsorglichen Massnahmeverfahrens kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden.

d) Mit Eingabe vom 17. Februar 2011 brachte die Massnahmenbeklagte folgendes vor (Urk. 53 S. 1 ff.): Nachdem die E._____ GmbH mittels Änderungskündigung ihr Arbeitspensum von 30% auf 20% reduziert habe, sei ihr die Arbeitsstelle per 31. Oktober 2010 gänzlich gekündigt worden. Sie sei seit März 2010 bei der Arbeitslosenkasse angemeldet. Wie aus dem Nachweis ihrer persönlichen Arbeitsbemühungen hervorgehe, bewerbe sie sich breit, schriftlich, per E-Mail und telefonisch. Bislang habe sie nur Absagen erhalten. Es dürfe als bekannt vorausgesetzt werden, dass die Regionalen Arbeitsvermittlungsstellen mit Bezug auf den Umfang und die Qualität der Arbeitsbemühungen mittlerweile strenge Massstäbe setzen und bei ungenügenden Arbeitsbemühungen sofort Einstelltage verfügen würden. Das RAV habe weder den Umfang noch die Qualität ihrer Arbeitssuche jemals bemängelt und dementsprechend habe sie auch stets die volle Entschädigung erhalten. Einzig im Zeitraum vom 16. November 2010 bis am 31. De-

- 18 - zember 2010 sei sie aus psychischen Gründen zu 100% arbeitsunfähig gewesen und habe deshalb nur eine reduzierte Entschädigung erhalten. Dieser krankheitsbedingte Ausfall belege einmal mehr, dass sie auch gesundheitlich angeschlagen sei. Damit sei nachgewiesen und auch glaubhaft gemacht, dass sie die ihr zumutbaren Anstrengungen unternehme, eine Anstellung zu finden. Der Massnahmenkläger stelle sich mit Redundanz auf den Standpunkt, sie arbeite deshalb nicht, weil sie das Hobby Reiten nach der Trennung zum Hauptzeitvertreib ausgedehnt habe und damit die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verunmöglicht oder eingeschränkt habe. Da sie nun C._____ nicht mehr betreuen müsse, könne ihr ein 100%-Erwerbseinkommen von mindestens Fr. 4'360.- angerechnet werden. Sie hätte schon lange gewusst, dass sie eine Teilzeiterwerbstätigkeit annehmen müsse, damit jedoch viel zu lange zugewartet. Die gesundheitlichen Probleme bestreite der Massnahmenkläger ebenfalls (unter Hinweis auf Urk. 47 S. 11-14). Sie habe während der Ehe nicht gearbeitet, sondern C._____ betreut und den Haushalt geführt. Ebenso hätten die Parteien während des ehelichen Zusammenlebens vier Pferde gehabt und sie habe damals zur Deckung derer Kosten Reitstunden erteilt (unter Hinweis auf Urk. 8/15 S. 9 f.). Es sei deshalb falsch, wenn der Massnahmenkläger behaupte, sie hätte nach der Trennung ihr Hobby ausgebaut. Sie sei zum Zeitpunkt, als C._____ das 10. Altersjahr erreicht habe, 52 Jahre alt und seit 11 Jahren aus dem Erwerbsleben ausgeschieden gewesen (unter Hinweis auf Urk. 8/15 S. 10). Sie habe im Herbst 2005 mit der Stellensuche begonnen (unter Hinweis auf Urk. 8/33/4) und nach knapp eineinhalb Jahren auf den 1. Februar 2007 eine 30% Anstellung bei der E._____ GmbH gefunden (unter Hinweis auf Urk. 8/55/2). Sie habe die Anstellung nicht auf dem Stellenmarkt gefunden, sondern über die Vermittlung eines Bekannten. Seit der Teilkündigung per Ende März 2010 sei sie beim RAV angemeldet und suche wieder eine neue Arbeitsstelle. Sie sei heute 58 Jahre alt und zudem psychisch

angeschlagen. Entgegen der Meinung des Massnahmenklägers hindere sie nicht ihr Hobby an der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, sondern die während der Ehe gelebte traditionelle Rollenverteilung, als Folge derer sie während mehr als eines Jahrzehntes

- 19 - aus dem Erwerbsleben ausgeschieden sei. Die Parteien hätten in relativ hohem Alter noch ein Kind gehabt, was dazu geführt habe, dass die während der Ehe gelebte traditionelle Rollenteilung sich heute stark auswirke, da sie mit fortgeschrittenem Alter auf dem Arbeitsmarkt keine guten Wiedereinstiegschancen mehr habe. Das Bundesgericht habe es als gerichtsnotorisch bezeichnet, dass die Arbeitsmarktsituation für ältere Arbeitssuchende angespannt sei (unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 5C.140/2004 vom 22. September 2004, S. 1 ff., mit weiteren Verweisen auf die Lehre und Rechtsprechung). Ihre Anstellung bei der E._____ GmbH habe sie ohne eigenes Verschulden verloren und sie habe bislang keine andere Anstellung mehr gefunden. Sie gehe seit der Kündigung ihrer Arbeitsstelle keiner Erwerbstätigkeit nach, sondern suche nach einer neuen Anstellung. Selbst wenn C._____ nun seit August 2010 beim Massnahmenkläger lebe und keinen Kontakt mehr mit ihr pflege, heisse das nicht, dass sie nicht mehr existiere, und ändere nichts daran, dass sie das Kind während 15 Jahren betreut habe und bis im Jahre 2007 nicht erwerbstätig gewesen sei, während der Massnahmenkläger stets uneingeschränkt berufstätig gewesen sei. Gemäss Lehre und Rechtsprechung dürfe bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, falls und soweit der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zumutbarer Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdiene. Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehle, müsse eine solche jedoch ausser Betracht bleiben (unter Hinweis auf Bähler, Scheidungsunterhalt – Methoden der Berechnung, Höhe Dauer und Schranken, FamPra 3/2007, S. 476). Im Urteil des Bundesgerichts 5C.70/2004, E. 2 habe das Bundesgericht die Auffassung des Kantonsgerichts geteilt, wonach es einer 58-jährigen Frau nicht mehr möglich sei, ihre Erwerbstätigkeit auszudehnen. Das Bundesgericht habe mit Verweis auf die Lehrmeinung von Schwenzer (unter Hinweis auf Schwenzer, FamKommentar, Art. 125 N 64) in diesem Zusammenhang festgestellt, es sei der Vorinstanz nicht vorzuwerfen, als sie dafür gehalten habe, dass für eine Frau im Alter von 58 Jahren, die sich wieder ins Erwerbsleben einzugliedern suche, die Situation auf dem Arbeitsmarkt als sehr schwierig anzusehen sei.

- 20 - Sie sei nach dem Verlust ihrer Arbeitsstelle im Herbst 2010 nicht einmal mehr teilweise im Erwerbsleben eingegliedert. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung sei es ihr in ihrem Alter nicht mehr zumutbar und möglich, ihre Erwerbstätigkeit auszudehnen. Als C._____ 10 Jahre alt gewesen sei, sei sie bereits 52 Jahre alt gewesen. Es sei belegt, dass sie sich – wenn auch bislang erfolglos – um eine Anstellung bemühe und damit die ihr zumutbaren Anstrengungen unternehme, eine Arbeitsstelle zu finden. Dass ihr dies bislang nicht gelungen sei, sei nicht auf ihren fehlenden Einsatz, sondern auf die für ältere Arbeitssuchende sehr schwierige Arbeitsmarktsituation zurückzuführen. Es fehle bei ihr an der realen Möglichkeit, ihr Einkommen zu steigern, und es wäre bei dieser Aktenlage willkürlich, eine solche reale Möglichkeit anzunehmen und ihr ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Aus diesen Gründen sei bei ihr auch nach dem 1. August 2011 von dem in der Teilvereinbarung angerechneten Einkommen von Fr. 1'023.– auszugehen. 3. Um die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Ehegatten zu bestimmen, ist in der Regel vom tatsächlichen Einkommen auszugehen. Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf vom

tatsächlichen Leistungsvermögen abgewichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist. Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Damit ein Einkommen überhaupt oder ein höheres Einkommen als das tatsächlich erzielte angerechnet werden kann, genügt es nicht, dass der betroffenen Partei weitere Anstrengungen zugemutet werden können. Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen. Mit Bezug auf das hypothetische Einkommen ist Rechtsfrage, welche Tätigkeit aufzunehmen oder auszuüben als zumutbar erscheint. Ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist, bildet hingegen Tatfrage, die durch entsprechende Feststellungen oder durch die allgemeine Lebenserfahrung beantwortet wird. Auch im letzteren Fall müssen aber jene Tatsachen als vorhanden festgestellt sein, die eine Anwendung von Erfahrungssätzen überhaupt erst ermöglichen (vgl. zum Ganzen: BGE 137 III 118 E. 2.3 S. 121; BGE 137 III 102

- 21 - E. 4.2.2.2 S. 108; BGE 128 III 4 E. 4c/bb S. 7; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 5A_752/2011 vom 9. Februar 2012 E. 3.2). Was die Annahme eines hypothetischen Einkommens anbelangt, ist die effektive Erzielbarkeit (angesichts des Alters, der Gesundheit, der Ausbildung und persönlichen Fähigkeiten, der Arbeitsmarktlage, etc.) Tatfrage, hingegen Rechtsfrage, ob die Erzielung angesichts der Tatsachenfeststellungen als zumutbar erscheint (BGE 126 III 10 E. 2b S. 13 oben; BGE 128 III 4 E. 4c/bb S. 7; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 5A_388/2010 vom 29. September 2010 E. 1). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum alten Recht war bei Scheidung nach langer Ehe dauer dem haushaltführenden Ehegatten, der auf eine Erwerbstätigkeit verzichtet hat, die Wiederaufnahme einer solchen dann nicht mehr zuzumuten, wenn er im Zeitpunkt der Scheidung das 45. Altersjahr erreicht hatte; diese Alterslimite wird jedoch nicht als "starre Regel" angesehen (BGE 115 II 6 E. 5a S. 11 mit Hinweisen). Bei der in BGE 115 II 6 E. 5a S. 11 genannten Alterslimite für die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit handelt es sich um einen blossen Richtwert, welcher nicht schematisch, sondern einzelfallgerecht anzuwenden ist (Urteil des Bundesgerichts 5A_388/2010 vom 29. September 2010 E. 2.4). Sodann wird nach der heutigen Praxis auf den Zeitpunkt der definitiven Trennung abgestellt (BGE 128 III 65 E. 4a S. 67; BGE 130 III 537 E. 2.2 S. 542), es sei denn der ansprechende Ehegatte dürfe nach Treu und Glauben davon ausgehen, er habe sich (noch) nicht um eigenes Erwerbseinkommen bemühen müssen (BGE 130 III 537 E. 3.3 S. 543, Urteil des Bundesgerichts 5A_206/2010 vom 21. Juni 2010 E. 5.3; siehe zum Ganzen auch Urteil des Bundesgerichts 5C.320/2006 vom 1. Februar 2007 E. 5.6.2.2). 4. a) Die Massnahmenbeklagte wurde am tt.mm.1953 in H._____ geboren (Urk. 8/2). Die Parteien lebten seit 1988 (Urk. 8/15 S. 9 Ziff. 1.2) oder 1989 (Urk. 8/14/11 S. 2 Ziff. 1) zusammen und heirateten am tt.mm.1994 in H._____. Ihr gemeinsamer Sohn C._____ wurde am tt.mm.1995 in I._____ geboren (Urk. 8/2). b) Mit Eingabe vom 24. Februar 2003 machte der Massnahmenkläger gleichzeitig beim Bezirksgericht Dielsdorf ein Eheschutzbegehren anhängig (Urk. 8/14/1). Bereits im Plädoyer zur Eheschutzverhandlung vom 28. Mai 2003

- 22 - machte der Massnahmenkläger geltend, dass die Ehe gescheitert sei und eine Wiedervereinigung aus seiner Sicht nicht in Frage komme. Die Scheidung der Ehe sei nur deshalb nicht möglich, weil die Massnahmenbeklagte ihre Einwilligung dazu nicht gebe (Urk. 8/14/11 S. 7). Mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des

Bezirk Dielsdorf vom 17. Oktober 2003 wurde den Parteien das Getrenntleben genehmigt, und es wurde davon Vormerken genommen, dass die Parteien bereits – unbestrittenermassen (Urk. 8/14/23 S. 1 f., Urk. 8/14/26 S. 1) – seit dem 1. April 2003 getrennt leben würden. Zudem wurde der Sohn C. _____ für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Massnahmenbeklagten gestellt (Urk. 8/14/28). Soweit ersichtlich, war im Eheschutzverfahren die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch die Massnahmenbeklagte kein Thema (Urk. 8/14/9, Urk. 8/14/11, Urk. 8/14/23 S. 7 Ziff. 4.1, Urk. 8/14/26). Die Sühnverhandlung betreffend das vorliegende Scheidungsverfahren fand am 27. April 2005 statt (Urk. 8/1 S. 1, siehe auch Urk. 8/5 S. 2). Das Scheidungsverfahren wurde sodann am 2. Mai 2005 bei der Vorinstanz anhängig gemacht (Urk. 8/1 S. 1). Der Massnahmenkläger machte anlässlich der Hauptverhandlung vom 27. September 2005 das erste Mal im Scheidungsverfahren geltend, der Massnahmenbeklagten sei eine eigene Erwerbstätigkeit durchaus zuzumuten (Urk. 8/17 S. 13 Ziff. 4). Mit Schreiben vom 28. November 2005 bestätigte die Massnahmenbeklagte ihren Scheidungswillen (Urk. 8/22). Mit Verfügung der Vorinstanz vom 10. Mai 2010 wurde der Sohn C. _____ ab 1. August 2010 für die Dauer des Verfahrens unter die Obhut des Massnahmenklägers gestellt (Urk. 8/174). c) Die Parteien lebten ab 1988/1989 zusammen. Die Massnahmenbeklagte arbeitete bis zur Heirat und der Geburt von C. _____ teilzeitmässig (Urk. 8/15 S. 9 f. Ziff. 1.2) oder vollzeitmässig (Urk. 8/19 S. 28; siehe aber auch Urk. 9 S. 18 lit. xi), zuletzt in der Unternehmung J. _____ AG. Zudem betreute sie die Pferde. Nach der Geburt von C. _____ kündigte sie – so die Massnahmenbeklagte – ihre Stelle und war bis zur Trennung der Parteien nicht mehr (Urk. 8/15 S. 9 f. Ziff. 1.2, Urk. 8/113 S. 12, Prot. VI S. 22) oder war – so der Massnahmenkläger – nur noch teilzeitmässig erwerbstätig (Urk. 8/19 S. 28 f.; siehe aber auch Urk. 9 S. 18 lit. xi).

- 23 - Die Massnahmenbeklagte hat in H. _____ die Matura gemacht, danach jedoch nicht studiert. Sie verfügt über keine abgeschlossene Ausbildung, auch keinen KV-Abschluss. Während der gelebten Ehe hat sie Reitstunden erteilt (Urk. 8/15 S. 9 f. Ziff. 1.2, S. 11 Ziff. 2). Die Massnahmenbeklagte spricht fünf Sprachen (Urk. 8/17 S. 13 Ziff. 4). Am 1. Februar 2007 trat die Massnahmenbeklagte bei der E. _____ GmbH als Sachbearbeiterin zu 30 % ein. Vertragsmässig erhielt sie zu Beginn ein Bruttoeinkommen von Fr. 1'150.– pro Monat zuzüglich eines 13. Monatslohnes (Urk. 8/55/2). Mit Schreiben vom 23. Oktober 2008 bestätigte die E. _____ GmbH, dass es ihr aufgrund der momentanen schlechten Geschäftslage nicht möglich sei, das Arbeitspensum der Massnahmenbeklagten von derzeit 30 % aufzustocken (Urk. 5/2). Per 1. April 2010 wurde das Arbeitspensum der Massnahmenbeklagten aufgrund markanter Umsatzeinbussen der vergangenen Monate und damit einhergehenden Umstrukturierungsmassnahmen von 30 % auf 20 % reduziert (Urk. 35 S. 8 f. Ziff. 2.3; vgl. dazu auch Urk. 37/7). Per 31. Oktober 2010 wurde das Arbeitsverhältnis gekündigt, da der Zeitaufwand für Reparaturen stark zurückgegangen und die E. _____ GmbH gezwungen sei, den Innendienst zu umstrukturieren (Urk. 55/1). Seit dem 1. April 2010 ist die Massnahmenbeklagte bei der Regionalen Arbeitsvermittlung K. _____ gemeldet (Urk. 55/2). d) Anlässlich der Verhandlung vom 27. Juni 2006 wurde die Massnahmenbeklagte gefragt, ob ihr Berufseinstieg bereits während der Ehe thematisiert worden sei. Sie antwortete darauf, dass dem nicht so sei. Es sei zwar nicht stillschweigend akzeptiert worden, aber sie und der Massnahmenkläger hätten einige Male darüber gesprochen, dass eine Erwerbstätigkeit für sie keinen Sinn machen würde und ein Einstieg unrealistisch wäre, da sie schwanger gewesen sei und keine Ausbildung vorzuweisen habe. Sie könnte etwas Kaufmännisches oder etwas mit Sprachen machen

(Prot. Vi S. 30 f.). Anlässlich der Verhandlung vom 19. Mai 2008 antwortete die Massnahmenbeklagte auf die Frage, in welchem Umfang sie zur Zeit arbeite, dass sie an drei halben Tagen, also zu 30 % arbeite. Sie sei für die Administration der Reparaturen zuständig. Zudem mache sie Telefondienste (Prot. Vi S. 84).

- 24 - 5. a) Seit der Sühnverhandlung vom 27. April 2005 musste der Massnahmenbeklagten klar sein, dass dem Massnahmenkläger ein Scheidungsanspruch zusteht. Nachdem er anlässlich der Hauptverhandlung vom 27. September 2005 sodann geltend gemacht hatte, der Massnahmenbeklagten sei eine eigene Erwerbstätigkeit durchaus zuzumuten, musste sie sich darauf einstellen, zukünftig einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Sie war im damaligen Zeitpunkt 52-jährig, der bei ihr lebende Sohn C. _____ 10-jährig. Die Massnahmenbeklagte hatte demnach spätestens ab 27. September 2005 Anlass, sich um eine Erwerbstätigkeit im Rahmen von 50 % zu kümmern. Zwischen dem 1. Februar 2007 und dem 31. März 2010 war sie denn auch zu 30 % und ab dem 1. April 2010 bis zum 31. Oktober 2010 zu 20 % arbeitstätig. Daneben betrieb sie einen unrentablen Reitstall. b) Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist vorliegend zur Bestimmung, ob der Massnahmenbeklagten ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden kann, somit vom Alter von 52 Jahren auszugehen. Wie sich in der Praxis gezeigt hat, war es ihr trotz fehlender Berufsausbildung und über zehnjähriger Nichterwerbstätigkeit (abgesehen von der Tätigkeit in ihrem Reitstall) möglich, eine Anstellung als Sachbearbeiterin zu 30 % zu finden. Unbeachtlich diesbezüglich ist, ob sie diese Stelle auf dem freien Arbeitsmarkt gefunden hat oder ob ihr diese Stelle von einer Bekannten vermittelt wurde. So war sie doch schliesslich dort ohne bekannte Beanstandungen über dreieinhalb Jahre tätig, und die Arbeitsstelle wurde ihr einzig aufgrund von Umstrukturierungen gekündigt, was sich bei der Stellensuche als hilfreich erweist. Definitiv musste die Massnahmenbeklagte mit Empfang der angefochtenen Verfügung vom 19. Mai 2008 am 21. Oktober 2008 (Urk. 8/134 f.) damit rechnen, dass ihr ein hypothetisches Einkommen angerechnet würde. So rechnete ihr die Vorinstanz ein hypothetisches Einkommen an, obwohl sie zuvor verschiedenste schriftliche Absagen eingereicht hatte. c) Die Massnahmenbeklagte hat unzählige Bewerbungen und Absageschreiben zu den Akten gereicht (Urk. 8/33/1-27, Urk. 8/40/2, Urk. 8/55/1, Urk. 37/9, Urk. 55/3-4).

- 25 - Die Bewerbungsschreiben der Massnahmenbeklagten sind nicht geeignet, im aktuellen Arbeitsumfeld eine Stelle angeboten zu erhalten. So schrieb die Massnahmenbeklagte zum Beispiel am 31. Januar 2006 folgendes handschriftliches Bewerbungsschreiben auf ein Chiffre-Inserat (soweit leserlich; Urk. 8/33/4/2 S. 2): "Gute Fee- Alleinstehend Sehr geehrter Herr Ihr Anzeige vom tt.mm.06 interessiert mich. Zu meine Person. Bin 53 und habe ein 10 Jahre alten Sohn. Lebe seit ca 3 Jahren in Trennung und die Scheidung läuft. Sende anbei mein Lebenslauf. Im Moment reite ich viel (4 eigene Pferde). Die Pferde sind im Stallteil von Wohnhaus untergebracht. Versuche mich weiterzubilden als Vereinstrainer (im Reiten). Wenn ich Ihr Interesse geweckt habe, lassen Sie von sich hören. Mit freundlichen Grüßen" (siehe auch Urk. 8/33/4/4-9, alle handschriftlich mit unzähligen Streichungen und Korrekturen; Urk. 8/33/4/15-16, Urk. 8/33/4/20-21, Urk. 8/33/4/24-25; Urk. 8/40/2). Im Jahre 2007 bewarb sie sich beispielsweise folgendermassen auf eine Stelle als Sachbearbeiterin Einkauf (Urk. 8/55/1): "Sachbearbeiterin Einkauf Ihre ausgeschriebene Stelle in der Tages Anzeiger interessiert mich sehr. Zu meiner Person: Bin 53, ... [Angehörige des Staates H. _____] und habe ein 11 Jahre alten Sohn. Seit seiner Geburt bin ich nicht mehr angestellt gewesen. 35 Jahre lebe ich

jetzt schon in der Schweiz. 4 Jahre her ist es seit meiner Ehetrennung (momentan läuft die Scheidung) und versuche seit längerem wieder Fuss zu fassen in der Arbeitswelt. Meines Erachtens kann ich Ihre Erwartungen erfüllen, trotz meines Alters. Habe keine Ausbildung, aber wie Sie aus meine Zeugnisse ersehen, mehrere Jahre Berufserfahrung, besitze sicher auch Flexibilität, Zuverlässigkeit und Verantwortungsgefühl. Englisch kann ich gleich gut wie Deutsch. Sicher müsste aber das Vokabular Ihres Gebietes in beiden Sprachen gelernt werden.. Ich erlaube mir diese Unterlagen persönlich zu überreichen, so dass Sie sich von mir einen ersten Eindruck bekommen können. Für noch nähere Details, bitte ich Sie doch mir telefonisch zu kontaktieren. Mit freundlichen Grüßen" Im April 2010 bewarb sie sich unter anderem mit folgendem Bewerbungsschreiben beim L._____ (Urk. 37/9): "Alleinsekretärin 20-40 % Sehr geehrte Damen und Herren Die ausgeschriebene Stelle als Alleinsekretärin interessiert mich sehr. Persönlich fühle ich mich wohl, wenn die Arbeitsaufgaben breit gefächert ist und ich arbeite auch gerne zusammen mit ein bisschen "handfeste-

- 26 - re" Menschen. Bin in jede den ausgeschriebenen Sparten kundig, nicht sattelfest, aber kundig, und sonst lerne ich gerne dazu. Mein Alter ist jeweils ein Hindernis (für eine Stellensuche), für mich nicht. Dies können Sie überprüfen, in dem, dass ich persönlich vorsprechen kann. Ein Versuch ist es doch wert! Sie erreichen mir am besten Nachmittags unter Tel: In der Beilage erhalten Sie meine allgemeine Bewerbungsunterlagen sowie ein Foto. Mit freundlichen Grüßen" Neuere Bewerbungen liegen keine in den Akten, lediglich Absageschreiben, die aber in Bezug auf die dazu fehlenden Bewerbungsschreiben nicht aussagekräftig sind (vgl. Urk. 55/4). Die vorliegenden Bewerbungsschreiben sind allesamt nicht geeignet, die Arbeitgeber in positivem Sinn auf sich aufmerksam zu machen. Ein Blick in ein im Buchhandel erhältliches Bewerbungshandbuch hätte der Massnahmenbeklagten aufgezeigt, dass Bewerbungs- bzw. Motivationsschreiben in anderer Art und Weise abzufassen sind. Aus den diversen Absagen kann die Massnahmenbeklagte somit nichts zu ihren Gunsten ableiten. d) Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hielt in einem Entscheid vom 25. Dezember 2002 fest, dass die Anforderungen an den Nachweis genügender Suchbemühungen im Rahmen der Arbeitslosenversicherung und im Rahmen der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen nicht identisch seien, weshalb im zivilrechtlichen Verfahren zum Nachweis genügender Bemühungen Beweismittel vorzulegen sind (Kass.-Nr. 2002/142 Z, in: Rechenschaftsbericht des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich über das Jahr 2002 Nr. 21 S. 22). Entgegen der Behauptung der Massnahmenbeklagten kann somit nicht allein aufgrund der durch die Regionale Arbeitsvermittlung ausbezahlten Taggelder darauf geschlossen werden, die Suchbemühungen der Massnahmenbeklagten seien genügend. Wie aufgezeigt, sind sie das aufgrund der mangelhaften Bewerbungsschreiben nicht. e) Die eingereichten Arztzeugnisse können keine Arbeitsunfähigkeit nachweisen. Aus der Bestätigung von Dr. phil. G._____ vom 27. Oktober 2008 geht einzig hervor, dass die Massnahmenbeklagte alle drei bis vier Wochen eine psy-

- 27 - chotherapeutische Begleitung in Anspruch nehme (Urk. 5/3). Dass sie nicht im Stande wäre zu arbeiten, ist der Bestätigung nicht zu entnehmen. Unbestritten war sie in dieser Zeit ja auch zu 30 % arbeitstätig und kümmerte sich um den Reitstall. Auch aus den beiden Arztzeugnissen geht keine andauernde Arbeitsunfähigkeit hervor (Urk. 55/5-6). Im Gegenteil geht das Arztzeugnis für die Arbeitslosenversicherung vom 7. Dezember 2010 von Dr. med. M._____ ab dem 1. Januar 2011 wieder von einer vollen Arbeitsfähigkeit aus

(Urk. 55/6). f) Der Massnahmenbeklagten ist somit aufgrund des Ausgeführten ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. 6. a) Beim Pflichtigen geht man davon aus, dass bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen zwar von seinem tatsächlichen Leistungsvermögen, welches Voraussetzung und Bemessungsgrundlage der Beitragspflicht bildet, abgewichen und statt dessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden darf, falls und soweit er bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient. Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss eine solche jedoch ausser Betracht bleiben (BGE 117 II 16 E. 1b S. 17; 128 III 4 E. 4a S. 5). Deswegen ist es grundsätzlich willkürlich, rückwirkend von einem höheren hypothetischen Einkommen auszugehen, denn offensichtlich fehlt es an einer realen Möglichkeit der rückwirkenden Einkommenssteigerung. Eine Rückwirkung kann im Einzelfall allenfalls dann dem Willkürverbot standhalten, wenn dem Beitragspflichtigen ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden kann oder wenn die geforderte Umstellung in seinen Lebensverhältnissen und das Erfordernis eines vermehrten beruflichen Einsatzes für ihn vorhersehbar gewesen sind (Urteil des Bundesgerichts 5P.388/2003 vom 7. Januar 2004, E. 1.2; für den nahehelichen Unterhalt: BGE 127 III 136 E. 2c S. 140; vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 5P.79/2004 vom 10. Juni 2004 E. 4.3). Dasselbe gilt analog auch für den Unterhaltsgläubiger. Wo einem Ehegatten ein hypothetisches Einkommen angerechnet und damit zugemutet wird, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder auszudehnen, ist zumindest eine angemessene Frist zur Umstellung einzuräumen (BGE 114 II 13 E. 5 S. 17; 129 III 417 E. 2.2 S. 421; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen

- 28 - Scheidungsrecht, Zürich 1999, N. 32 zu Art. 137 ZGB). Ein von den gezeigten Grundsätzen abweichender Entscheid, mit dem ein hypothetisches Einkommen ohne Umstellungsfrist sofort oder gar rückwirkend angerechnet wird, muss jedoch nicht zwangsläufig willkürlich sein. Willkür beurteilt sich vielmehr auf Grund der konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls und könnte nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wohl dann nicht bejaht werden, wenn die von einem Ehegatten geforderte Umstellung in seinen Lebensverhältnissen für ihn bereits im Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsgesuchs vorhersehbar war (Urteil 5P.460/2002 vom 27. Februar 2003, E. 3.3; vgl. für den nahehelichen Unterhalt: BGE 127 III 136 E. 2c S. 140, Abs. 2 und 3; Urteil 5C.129/2001 vom 6. September 2001, E. 3b/cc, in: FamPra.ch 2002 S. 150; vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 5P.388/2003 vom 7. Januar 2004, E. 1.1 f.). So wurde Willkür beispielsweise verneint in einem Fall, da der Ehefrau, die seit drei Jahren vom Ehemann getrennt gelebt und keine Anstalten für die von diesem verlangte Ausdehnung ihrer Erwerbstätigkeit von 50 % auf 100 % getroffen hatte, nur eine sehr kurze und zum Zeitpunkt der Fällung des bundesgerichtlichen Urteils bereits verstrichene Frist eingeräumt worden war (Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 2002 [5P.418/2001], E. 5c, besprochen in: FamPra.ch 2002 S. 578 ff.). Einer anderen Ehefrau wurde für eine abgeschlossene und in der Vergangenheit liegende Zeitspanne ein hypothetisches Einkommen angerechnet, weil sie sich während besagter Zeit gar nicht um eine Arbeitsstelle bemüht hatte, obwohl eine Erwerbstätigkeit ihr tatsächlich möglich und zuzumuten gewesen wäre (Urteil des Bundesgerichts vom 1. Juli 2004 [5P.170/2004], E. 1.2.2, abgedruckt in: AJP 2004 S. 1420; vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 5P.469/2006 vom 4. Juli 2007, E. 3.2.4). b) Der Massnahmenkläger machte erwiesenermassen anlässlich der Hauptverhandlung vom 27. September 2005 geltend, der Massnahmenbeklagten sei eine eigene Erwerbstätigkeit durchaus zuzumuten (Urk. 8/17 S. 13 Ziff. 4). Seit diesem Zeitpunkt

musste ihr somit bewusst sein, dass sie unter Umständen einen eigenen Verdienst wird erzielen müssen, was sie dann ja ab Februar 2007 auch tat. Spätestens im Zeitpunkt der Entgegennahme des angefochtenen Entscheids am 21. Oktober 2008 musste sich die Massnahmenbeklagte ferner bewusst sein,

- 29 - dass sie unter Umständen mit ihrer Erwerbstätigkeit ein höheres Einkommen würde erzielen müssen. Sie hat sich aber trotzdem nicht in ernsthafter Art und Weise auf andere bzw. weitere Arbeitsstellen beworben (wie bereits aufgezeigt). In seiner Stellungnahme vom 10. November 2010 führte der Massnahmenkläger sodann aus, dass die Massnahmenbeklagte ein 100%-Pensum belegen könnte, da sie nun nicht mehr für die Betreuung von C._____ verantwortlich sei. Ergo müsste ihr in Anpassung der angefochtenen Verfügung ein Erwerbseinkommen von mindestens Fr. 4'360.– angerechnet werden (Urk. 47 S. 12). Schliesslich musste die Massnahmenbeklagte anlässlich der obergerichtlichen Referentenau- dienenz und Vergleichsverhandlung vom 4. Februar 2011 vom verhandlungsführen- den Gerichtsschreiber hören, dass ihr im Rahmen des Vergleichsvorschlags ein hypothetisches Einkommen angerechnet würde. Die Parteien konnten sich dies- bezüglich aber nicht einigen, weshalb sie in ihrer Teilkonvention folgende Rege- lung aufgenommen haben: "Das Einkommen der Rekurrentin ab dem 1. August 2011, insbesondere ob ihr ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist, bleibt umstritten und ist mit dem Entscheid des Gerichts zu bestimmen." Die Massnahmenbeklagte musste somit seit längerem – Oktober 2008 (vgl. vorstehend S. 24) – damit rechnen, dass das Gericht von ihr die Aufnahme bzw. Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit erwarten würde. Trotzdem unterliess sie es, ernstzunehmende Bewerbungsschreiben zu versenden. Sie wies zudem seit dem 17. Februar 2011 dem Gericht keine Suchbemühungen mehr nach. Somit recht- fertigt es sich im vorliegenden Fall, ihr ausnahmsweise rückwirkend auf den 1. August 2011 die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zuzumuten. 7. Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen sind Regelungen nur für eine be- grenzte Zeit zu treffen; längerfristige Regelungen sind dem Hauptverfahren vor- behalten. Daher ist im Massnahmeverfahren grundsätzlich von den aktuellen Ver- hältnissen auszugehen; eine Verpflichtung zur Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit ist dagegen – auch wenn aus dem Blickwinkel des naheheili- chen Unterhalts eine solche nicht ausgeschlossen erscheint oder sogar nahe lie- gen würde – im Massnahmeverfahren nur mit einer gewissen Zurückhaltung an-

- 30 - zunehmen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5A_588/2010 vom 12. Januar 2011 E. 2.1). Grundsätzlich hätte die Massnahmenbeklagte seit dem Auszug von C._____ die Kapazität für eine 100 %-Erwerbstätigkeit. Die Vorinstanz ging im Jahre 2008 noch von einer Arbeitstätigkeit von 50 % aus, insbesondere auch unter Einbezug ihrer Betreuungspflichten gegenüber C._____. In Anbetracht der vorliegend zu regelnden vorsorglichen Massnahmen und der – aufgrund der Geburt von C._____ – lebensprägenden Ehe ist hingegen der Scheidungsrichter der Ent- scheid darüber zu überlassen, ob die Massnahmenbeklagte nach der Scheidung zu 100 % wird arbeitstätig sein müssen oder nicht. Sie wird sich diesbezüglich auch zur Pferdehaltung durch die Massnahmenbeklagte zu äussern haben. Im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen wird ihr ab 1. August 2011 eine Arbeitstätigkeit im Rahmen von 50 % anzurechnen sein. 8. Die Massnahmenbeklagte war zwischen 2007 und 2010 als Sachbearbei- terin tätig. Sie bewarb sich in der Folge als kaufmännische Angestellte, als Pflle- gehilfe, als Aushilfe im Verkauf und als Büffet-Mitarbeiterin (Urk. 55/3). Überwie- gend betrafen ihre Bewerbungen den

kaufmännischen Sektor. Es kann somit grundsätzlich von dem ihr zuletzt bezahlten Lohn ausgegangen werden. Im Jahre 2009 erzielte sie ein jährliches Nettoeinkommen von Fr. 18'409.– (Urk. 37/6), was pro Monat Fr. 1'534.– ergibt. Davon abzuziehen sind die Kinderzulagen von Fr. 75.– (Urk. 8/153/2), auf welche sie nun keinen Anspruch mehr hat. Es ist da- her bei einer Arbeitstätigkeit von 30 % von einem monatlichen Nettoverdienst von Fr. 1'459.– auszugehen, was auf 50 % hochgerechnet Fr. 2'432.– ergibt. Unter Berücksichtigung des monatlichen Abzugs betreffend BVG verbleiben schät- zungsweise Fr. 2'350.–. Sollte sie im Detailhandel eine Anstellung finden, könnte sie bei einer 50 %-Anstellung als Ungelernte ein monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 2'211.– erzielen (vgl. Mülhauser, Das Lohnbuch 2012, Zürich 2012, S. 632), was netto ungefähr Fr. 2'000.– ergibt. In der Gastronomie würde sodann ein Bruttomonatslohn von Fr. 2'317.– (wohl etwa Fr. 2'100.– netto; vgl. Mülhauser, a.a.O., S. 637) und im Gesundheitswesen von Fr. 2'481.– (wohl etwa Fr. 2'250.– netto; vgl. Mülhauser, a.a.O., S. 650) im Bereich des Erreichbaren liegen.

- 31 - Die von der Vorinstanz der Massnahmenbeklagten als hypothetisches Nettoeinkommen angerechneten Fr. 2'180.– pro Monat erscheinen somit als realis- tisch und sind im vorliegenden Rekursverfahren zu bestätigen. IV. Persönliche Unterhaltsbeiträge ab 1. August 2011 1. Die Parteien einigten sich anlässlich der Referentenaudienz und Ver- gleichsverhandlung vom 4. Februar 2011 auf folgende ab 1. August 2011 durch das Gericht zu Grunde zu legenden Verhältnisse: - Bedarf Massnahmenkläger: Fr. 4'148.–, - Bedarf Massnahmenbeklagte: Fr. 2'778.–, - Einkommen Massnahmenkläger: Fr. 4'819.–. Bei einem monatlichen hypothetischen Nettoeinkommen der Massnahmen- beklagten von Fr. 2'180.– verbleibt den Parteien ein Freibetrag von Fr. 73.–. Unter Berücksichtigung, dass C._____ unter der Obhut des Massnahmenklägers steht, ist diesem den ganzen Freibetrag zu belassen. Der Massnahmenbeklagten ist somit ab dem 1. August 2011 ein persönlicher Unterhaltsbeitrag von gerundet Fr. 600.– pro Monat zuzusprechen. 2. Die Parteien einigten sich in Ziffer 5 ihrer Teilvereinbarung vom 4. Februar 2011 ferner darauf, dass die in der Vergangenheit vom Massnahmenkläger zu viel bezahlten Unterhaltsbeiträge anlässlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung ausgeglichen würden. In Anbetracht dieser Regelung rechtfertigt es sich vorlie- gend, auch die vom Massnahmenkläger seit dem 1. August 2011 zu viel bezahl- ten Unterhaltsbeiträge erst anlässlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung auszugleichen. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Parteien haben sich unter Ziffer 8 der Teilvereinbarung vom 4. Febru- ar 2011 für das vorliegende Rekursverfahren auf eine hälftige Übernahme der Verfahrenskosten geeinigt.

- 32 - Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 2 Abs. 1 und 3, § 4 Abs. 3, § 5 Abs. 1, § 7 und § 13 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtgebühren vom 4. April 2007 auf Fr. 3'000.– festzusetzen. 2. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf Prozessentschädigungen für dieses Rekursverfahren ist Vormerk zu nehmen. Es wird beschlossen: 1. Die Dispositivziffer 1 der Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Ver- fahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 19. Mai 2008 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: " 1. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 4 der eheschutzrichterlichen Verfügung vom 17. Oktober 2003 (EE030018) wird der Kläger ab dem 1. August 2010 zu folgenden, jeweils im Voraus auf den Ers- ten eines jeden Monats zu bezahlenden Unterhaltsleistungen ver- pflichtet: a) vom 1. August 2010 bis zum 30. September 2010: - Fr. 1'475.– für die Beklagte persönlich; b) vom 1. Oktober 2010 bis 31. Dezember 2010: - Fr. 590.– für die Beklagte persönlich; c) vom 1. Januar 2011 bis 31. Juli

2011: - Fr. 1'600.– für die Beklagte persönlich; d) vom 1. August 2011 für die Dauer des weiteren Verfahrens: - Fr. 600.– für die Beklagte persönlich." 2. Die Dispositivziffern 2, 3 und 4 der Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 19. Mai 2008 werden ersatzlos gestrichen. 3. Die vom Massnahmenkläger bis Ende April 2012 zu viel bezahlten Unterhaltsbeiträge sind anlässlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung der Parteien auszugleichen. 4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.

- 33 - 5. Die Kosten des Rekursverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. 6. Es wird vorgemerkt, dass die Parteien für das Rekursverfahren gegenseitig auf Prozessentschädigungen verzichtet haben. 7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Aargau sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf, je gegen Empfangsschein. 8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 26. April 2012 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer
Der Gerichtsschreiber: lic. iur. A. Baumgartner versandt am: ss

E. 9

Die Parteien verzichten für die Rekursverfahren LQ080089 und LQ100045 gegenseitig auf Prozessentschädigungen." f) Fristgerecht nahm die Massnahmenbeklagte mit Eingabe vom 17. Februar 2011 zu den Noven in der Eingabe des Massnahmenklägers vom 10. November 2010 bezüglich ihres hypothetischen Einkommens Stellung (Urk. 53). g) Innert Frist erstattete der Massnahmenkläger seine Stellungnahme vom 7. März 2011 betreffend die Eingabe der Massnahmenbeklagten vom 17. Februar 2011 (Urk. 57). II. Teilvergleich Die von den Parteien geschlossene Teilvereinbarung ist zulässig und klar im Sinne von § 188 Abs. 3 ZPO/ZH. Zudem ist sie in Bezug auf den impliziten Verzicht des Massnahmenklägers auf Unterhaltsbeiträge der Massnahmenbeklagten für den gemeinsamen Sohn C._____ genehmigungsfähig. Somit ist die Dispositivziffer 1 der Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 19. Mai 2008 aufzuheben und durch die unter Ziffer 1 der Teilvereinbarung vom 4. Februar 2011 aufgeführte

- 11 - Fassung zu ersetzen. Zudem sind die Dispositivziffern 2, 3 und 4 der vorinstanzlichen Verfügung vom 19. Mai 2008 ersatzlos zu streichen. III. Einkommen der Massnahmenbeklagten ab 1. August 2011 1. Auf die Ausführungen der Parteien ist im Folgenden nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist. 2. a) Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung vom 19. Mai 2008 zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens das Folgende aus (Urk. 3 S. 10 f.): Die Massnahmenbeklagte sei seit Februar 2007 teilzeiterwerbstätig im Umfang von 30 %. Da der gemeinsame Sohn C._____ inzwischen bereits 12 Jahre alt sei, könnte der Massnahmenbeklagten – der bundesgerichtlichen Praxis folgend – eine Teilzeiterwerbstätigkeit von 50 % zugemutet werden. Dies umso mehr, als der Sohn bereits im jetzigen Zeitpunkt in nicht geringem Umfang fremdbetreut werde. Diesbezüglich habe

die Massnahmenbeklagte ausgesagt, dass sie C._____ sowohl in die Betreuungsstunde als auch an den Mittagstisch schicke (unter Verweis auf Prot. VI S. 88). Somit könne dem Sohn C._____ auch in Zukunft eine Fremdbetreuung zugemutet werden. Neben ihrer Arbeit bei der E._____ GmbH in F._____ führe die Massnahmenbeklagte einen unrentablen Reitstall (vgl. Erfolgsrechnung für das Jahr 2007, Urk. 8/115/5), welcher von ihr stets als Hobby bezeichnet worden sei (unter Verweis auf Urk. 8/113 S. 12). Unbestritten sei jedoch, dass dieses Hobby einen extremen Zeitaufwand darstelle. In diesem Sinne habe die Massnahmenbeklagte ausgeführt, dass sie aufgrund ihrer 30 % Stelle, der Pferde und der Kinderbetreuung genug ausgelastet sei und deswegen keine andere Stelle gesucht habe (unter Verweis auf Prot. VI S. 84). Dabei sei jedoch zu berücksichtigen, dass der Sohn tagsüber in der Schule oder bei seinem Kollegen sei sowie etliche Stunden fremdbetreut werde, weshalb die Massnahmenbeklagte den wohl grösseren Teil ihrer Freizeit mit der Betreuung ihrer Pferde und des Reitstalls verbringe. Es gehe vorliegend jedoch nicht an, dass sich die Massnahmenbeklagte mit einer 30 % Stelle und einer marginalen Kinderbetreuung begnüge und den Rest ihrer Zeit für ihr Hobby aufwende. Gemäss Art. 163 ZGB habe jeder Ehegatte nach seinen Kräften an den gebührenden Unterhalt der Familie beizutragen, was bedeute, dass sich auch die Massnahmen-

- 12 - beklagte darum bemühen müsse, ihre Eigenversorgungskapazität zu maximieren. Dies umso mehr, als die Ehegatten bereits seit langem "verstritten" seien und eine Scheidung nach mehrjährigem, aufwendigem Verfahren vor der Türe stehe. Die Massnahmenbeklagte habe zudem ausgeführt, dass ihr im Alter von 55 Jahren, nach einem langjährigen Berufsunterbruch und ohne Ausbildung kein erhöhtes Erwerbseinkommen anzurechnen sei. Das erhöhte Alter einer Person spreche zwar grundsätzlich gegen die Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit. Vorliegend sei jedoch zu beachten, dass sich die Parteien erst spät für ein Kind entschieden hätten, weshalb sich die Altersgrenze dementsprechend nach hinten schiebe, und es der Massnahmenbeklagten nach wie vor zuzumuten sei, berufstätig zu sein und für ihren eigenen Lebensunterhalt gut möglichst aufzukommen. Dies umso mehr, als die Massnahmenbeklagte sich einer guten Gesundheit erfreue und tüchtig anzupacken wisse. Immerhin bewältige sie in ihrer Freizeit selbständig einen kleinen Reitbetrieb mit vier Pferden und gebe dazu noch Reitstunden. Weiter sei zu berücksichtigen, dass die Massnahmenbeklagte zur Zeit bereits einer Teilzeitarbeit nachgehe und sie somit den Wiedereinstieg in die Berufswelt bereits vollzogen habe. Dies zeige, dass sowohl das Alter als auch der langjährige Berufsunterbruch oder die mangelnde Ausbildung keine wirklichen und tatsächlichen Hinderungsgründe für eine Erwerbstätigkeit darstellen würden. Daraus könne geschlossen werden, dass es auch mit den gegebenen Voraussetzungen möglich sei, eine Teilzeitstelle von 50 % zu finden. Aus all diesen Erwägungen folge, dass der Massnahmenbeklagten infolge der veränderten tatsächlichen Verhältnisse nach Ablauf einer gewissen Umstellungsfrist eine 50 % Stelle anzurechnen sei. Die Umstellungsfrist laufe im vorliegenden Fall bis Ende März 2009. Diese sei zwar eher kurz berechnet, rechtfertige sich jedoch dadurch, dass die Massnahmenbeklagte durch den Massnahmenklager schon zu Prozessbeginn aufgefordert worden sei, im Rahmen des Zumutbaren eine Teilzeiterwerbstätigkeit aufzunehmen, und sie deshalb damit rechnen müssen, dass ihr bei Nichtausschöpfung ihrer Eigenversorgungskapazität ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden könnte.

- 13 - b) Die Massnahmenbeklagte führte hierzu in ihrer Rekurschrift vom 30. Oktober 2008 aus (Urk. 2 S. 13 ff.), es sei unzutreffend, dass C._____ mehrheitlich fremdbetreut sei. Richtig daran sei lediglich, dass C._____ zur Schule gehe, wobei klarzustellen sei, dass er keine Tagesschule, sondern die normale öffentliche Schule besuche. Da sie 30 % arbeite, habe sie für ihn an einem Morgen, an welchem die Schule erst um 9.10 Uhr begonnen, sie ihre Arbeit jedoch bereits um

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