

ZH_OBERGERICHT LQ100086 vom 19. September 2012

ZH Obergericht, 2012-09-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LQ100086

FR: ZH_OBERGERICHT LQ100086 du 19 septembre 2012

IT: ZH_OBERGERICHT LQ100086 del 19 settembre 2012

Erwägungen

E. 1

Durch Einreichung der ihr vom Friedensrichteramt ... ausgestellten Weisung leitete die Gesuchstellerin und Rekursgegnerin (nachfolgend Gesuchstellerin) am 24. September 2008 beim Bezirksgericht Meilen den Scheidungsprozess ein (Vi Urk. 1 und Vi Urk. 2). In einem dem Scheidungsverfahren vorangegangenen Eheschutzverfahren schlossen die Parteien eine vom Obergericht des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) mit Beschluss vom 14. November 2008 bezüglich des Kindesunterhalts genehmigte und im Übrigen vorgemerkte Getrenntlebensvereinbarung. Darin verpflichtete sich der Gesuchsteller und Rekurrent (nachfolgend Gesuchsteller) für verschiedene Zeitabschnitte zur Zahlung von betragsmässig abgestuften Kinderunterhaltsbeiträgen für die noch unmündigen Töchter C._____ und D._____ (Vi Urk. 22/25 = Vi Urk. 26/11). Am 7. Juni 2010 verlangte der Gesuchsteller im Sinne von vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsprozesses die vollständige Aufhebung der Verpflichtung zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen für die noch nicht mündige Tochter D._____ (Vi Urk. 105 S. 5/6). Zudem beantragte er, es sei die Gesuchstellerin während des Scheidungsverfahrens zu monatlichen Unterhaltszahlungen an ihn von mindestens Fr. 4'186.45 ab 7. Juni 2010 zu verpflichten (Vi Urk. 105 S. 6). An der Verhandlung vom

E. 5

Aufl., Zürich 2008, § 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, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, 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). Gemäss § 280 Abs. 1 ZPO/ZH fällt die Rekursinstanz im Rahmen der Rekursanträge schliesslich eine neue Entscheidung. Dabei wendet sie das Recht von Amtes wegen an (§ 57 Abs. 1 ZPO/ZH). Das Gericht ist folglich weder an die im Rekurs geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Die Rekursinstanz kann einen Rekurs aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen, und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 279 ZPO/ZH; ZR 88 [1989] Nr. 2; Meyer, Der Rekurs im Zürcher Zivilprozess, Diss. Zürich 1984, S. 181). 3. Die Rechtsmittelinstanz prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob und inwieweit auf ein Rechtsmittel einzutreten ist. Gemäss dem Rekursantrag des Gesuchstellers sollen ab 1. Juni 2010 Unterhaltsbeiträge zugesprochen werden (vgl. Urk. 2 S. 2). Dieses Begehren weicht bezüglich des Beginns der Unterhaltspflicht von den vor Vorinstanz gestellten Anträgen ab, in welchen der Gesuchsteller ab 7. Juni 2010 Unterhalt für sich persönlich

verlangt hat (Vi Urk. 105 S. 5/6). Im Rekursverfahren sind neue Anträge nach § 278 ZPO/ZH in Verbindung mit § 267 Abs. 1 ZPO/ZH und § 115 Ziff. 1 ZPO/ZH nur zulässig, wenn sie erst im Laufe des Prozesses veranlasst werden (vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 7 zu § 115 ZPO/ZH). Dass diese Voraussetzung vorliegend erfüllt wäre und der Gesuchsteller demzufolge neue Rechtsmittelanträge stellen dürfte, ist weder ersichtlich noch dargetan. Soweit der Gesuchsteller den Beginn der Unterhaltspflicht der Gesuchstellerin in Abweichung vom vorinstanzlichen Rechtsbegehren auf den 1. Juni 2010 festgesetzt haben will, kann auf seinen Rekurs nicht ein-

- 6 - getreten werden. Die übrigen Eintretensvoraussetzungen geben demgegenüber zu keinen Bemerkungen Anlass. 4. Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden nur insoweit einzugehen, als es für die Rechtsfindung erforderlich ist. III. A. Unterhaltsbeiträge 1. Soweit erforderlich trifft das Gericht die für die Dauer des Scheidungsverfahrens notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wobei die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar sind (Art. 137 Abs. 2 ZGB in der bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassung). Mit Urteil vom 15. Dezember 2010 schied der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen die Ehe der Parteien und regelte die Scheidungsfolgen (Urk. 12). Der Gesuchsteller hat gegen dieses Scheidungsurteil beim Obergericht des Kantons Zürich Berufung erhoben (vgl. Geschäfts-Nr. LC110003). Das vom Gesuchsteller eingelegte Rechtsmittel richtete sich alleine gegen die Scheidungsfolgen. Der Scheidungspunkt blieb unangefochten, weshalb das Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Meilen insoweit in Teilrechtskraft erwachsen ist. Auch bei Vorliegen von Teilrechtskraft eines Scheidungsurteils bleibt das Massnahmeng Gericht zum Erlass vorsorglicher Massnahmen zuständig (Art. 137 Abs. 2 Satz 2 aZGB; FamKomm Scheidung-Leuenberger, N 12 zu Art. 137 aZGB). Die im Urteilszeitpunkt bereits angeordneten Massnahmen dauern sodann fort, ohne dass dies im Massnahmeentscheid ausdrücklich vorgesehen werden muss oder die Massnahmen nach Eintritt der Rechtskraft im Scheidungspunkt neu angeordnet werden müssen. 2. Die Parteien streiten im Rahmen des vorliegenden Massnahmeverfahrens hauptsächlich über den während des Scheidungsprozesses zu entrichtenden Unterhalt. Die Vorinstanz gelangte zur Auffassung, dass die Gesuchstellerin dem Gesuchsteller für die Dauer des Verfahrens keine Unterhaltsbeiträge zu bezahlen

- 7 - habe. In der angefochtenen Verfügung hat sich die Vorinstanz zunächst mit den Einkommens- und Bedarfsverhältnissen des Gesuchstellers befasst und festgehalten, dem Gesuchsteller fehle bei Einkünften in der Höhe von Fr. 2'274.- ein Betrag von rund Fr. 800.-, um seine notwendigen Lebenskosten von Fr. 3'031.- zu decken. Anschliessend wandte sich die Vorinstanz der Einkommenssituation der Gesuchstellerin zu und erwog zusammenfassend, die Gesuchstellerin habe während der Ehe kein nennenswertes Einkommen erzielt und ihren laufenden Unterhalt mit den Unterstützungsleistungen ihrer Familie finanziert. Ob diese Zahlungen als Erbvorbezüge, Schenkungen oder Darlehen zu qualifizieren seien, liess die Vorinstanz offen und führte dazu aus, dass Zahlungen von Familienmitgliedern mit der herrschenden Lehre nicht als Einkommen der Gesuchstellerin zu betrachten wären, selbst wenn es sich um unentgeltliche Zuwendungen handeln würde. Im Weiteren hielt die Vorinstanz fest, dass die Parteien während Jahren in einer Ehe mit sogenannt klassischer Rollenverteilung gelebt hätten und der Gesuchsteller während des gesamten Zusammenlebens der Parteien erwerbstätig und weitgehend allein für die finanzielle Versorgung der Familie zuständig gewesen sei. Es sei deshalb heute auch nicht

angezeigt, die Rollen der Parteien zu vertauschen. Aus diesen Gründen - so die vorinstanzliche Schlussfolgerung - könne die Gesuchstellerin nicht zu Unterhaltsleistungen an den Gesuchsteller verpflichtet werden (Urk. 3 S. 17 ff.). 3.1 Im Rekursverfahren hält der Gesuchsteller daran fest, dass die Gesuchstellerin ihn für die Dauer des Scheidungsverfahrens finanziell unterstützen müsse. Er macht geltend, er sei nun in Not geraten und könne daher nicht auf der früher gelebten Rollenverteilung behaftet werden, die jetzt umso weniger Geltung haben könne, als er kein ordentliches Einkommen mehr erziele und die Kinder ausgewachsen seien (Urk. 8 S. 6). Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren (vgl. Vi Urk. 105 S. 12; Vi Urk. 136 S. 12) beruft sich der Gesuchsteller zur Geltendmachung seiner Unterhaltsansprüche auf die in Art. 159 Abs. 3 ZGB statuierte eheliche Beistandspflicht. Nach dieser Gesetzesbestimmung schulden die Ehegatten einander Treue und Beistand. Die Beistandspflicht der Ehegatten kann beispielsweise in materiellen Leistungen wie Unterhaltsbeiträgen bestehen (vgl. BSK ZGB I-Schwander, N 12 zu Art. 159 ZGB) und aktualisiert sich ihrem Wesen nach vor

- 8 - allem in aussergewöhnlichen Lebenslagen, welche eine Anpassung der bisherigen Verständigung über die Verwirklichung der familienrechtlichen Unterhaltspflichten als notwendig erscheinen lassen. Bei der Beurteilung der Frage, ob und inwieweit von einem Ehegatten insbesondere finanzielle Mehrleistungen verlangt werden müssen, kann es deshalb nicht primär darauf ankommen, welche Aufgabenteilung die Parteien gewöhnlich praktiziert haben oder ob der Gesuchsteller seinen Lebensunterhalt bislang aus eigener Kraft finanzieren konnte. In diesem Sinne erweist sich der Einwand des Gesuchstellers als begründet. Entgegen der Betrachtungsweise der Vorinstanz (vgl. Urk. 3 S. 19) lässt sich auch nicht sagen, durch die vorübergehende Inanspruchnahme der Gesuchstellerin aus der ehelichen Beistandspflicht würde die eheliche Rollenverteilung "vertauscht". Die sich aus den allgemeinen Wirkungen der Ehe ergebende Pflicht der Parteien zum gegenseitigen Beistand hätte wohl keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr, wenn die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Ehegatten über Aufgabenteilung und Geldleistungen gemäss Art. 163 ZGB von vornherein keinerlei Modifikationen aufgrund veränderter Lebensumstände zugänglich wäre. 3.2 Für die Zeit nach der Auflösung der Ehe können aus der ehelichen Gemeinschaft grundsätzlich keine Rechte mehr abgeleitet werden (Hausheer/Reuser/Geiser, Berner Kommentar, Band II Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Teilband: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Bern 1999, N 15 zu Art. 159 ZGB). Eine Ausnahme besteht einzig bei der Pflicht zur Leistung nachehelichen Unterhalts (Zeiter, in: Amstutz/Breitschmid/Furrer et al. [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, N 15 zu Art. 159 ZGB). Im Zeitpunkt der Einreichung des hier umstrittenen Gesuchs im Juni 2010 waren die Parteien jedoch noch verheiratet, sodass sich die vom Gesuchsteller geltend gemachten Unterhaltszahlungen - sofern die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen - auf die eheliche Beistandspflicht als materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage stützen lassen. Betreffend die Höhe des beantragten Unterhaltsbeitrages hält der Gesuchsteller dafür, die Gesuchstellerin habe ihm bei der Deckung des "erweiterten Existenzminimums" beizustehen (vgl. Urk. 8 S. 3 ff.). Damit knüpft der Gesuchsteller für die Berechnung des beantragten Unterhalts mit Recht nicht an der während des Zusammenlebens praktizierten Le-

- 9 - benshaltung an. Nach der ehelichen Aufgabenteilung betreute die Gesuchstellerin die Kinder und den Haushalt und erzielte bis zum Jahre 2004 vereinzelt einen bescheidenen

Zusatzverdienst. Der Gesuchsteller war dagegen stets erwerbstätig, zunächst in diversen Anstellungsverhältnissen und später in selbstständiger Stellung. Die eheliche Aufgabenteilung sah demnach vor, dass der Gesuchsteller zumindest für seinen persönlichen Unterhalt aus eigener Kraft aufkommt. Ausser Streit steht alsdann, dass der Gesuchsteller nach der Trennung der Parteien und bis zum hier zu behandelnden Antrag auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen auch während des hängigen Scheidungsverfahrens seinen Lebensunterhalt ohne finanzielle Unterstützung der Gesuchstellerin bestritten hat. Im Eheschutzverfahren zwischen den Parteien im Jahre 2007 hat der Gesuchsteller keine Unterhaltsbeiträge beansprucht, obwohl er bereits im damaligen Zeitpunkt geltend gemacht hatte, er könne seinen Notbedarf nicht mit seinen laufenden Einkünften decken (vgl. Vi Urk. 22/9 S. 25). Vor diesem und dem weiteren Hintergrund, dass die vom Gesuchsteller erwirtschafteten finanziellen Mittel nach seiner eigenen Darstellung im heutigen Zeitpunkt im Vergleich zu den während des Zusammenlebens gegebenen Verhältnissen geringer sind (vgl. die unbestritten gebliebene Zusammenstellung der Einkünfte des Gesuchstellers im angefochtenen Entscheid [Urk. 3 S. 11 f.]), erscheint es angezeigt, hinsichtlich der Lebenshaltungskosten des Gesuchstellers auf den Zeitpunkt nach der Aufnahme des Getrenntlebens der Parteien und damit nicht ausschliesslich auf die eheliche Lebenshaltung abzustellen. Soweit der Gesuchsteller im Übrigen daran Anstoss nimmt, dass die Gesuchstellerin dank ihren nächsten Angehörigen in "Saus und Braus" beziehungsweise auf "höchstem, fremdfinanzierten Niveau" weiterlebe (Vi Urk. 105 S. 14), während er auf seinem "nackten Existenzminimum" zu "vegetieren" habe (Urk. 8 S. 5), hat er zu beachten, dass das Gesetz keinem Ehegatten einen Anspruch auf umfassende Gleichstellung mit dem durch die Zugehörigkeit zu einer wohlhabenden Familie oder aus anderen Gründen möglicherweise einiges komfortabler situierten Ehepartner gibt. Berechtigterweise weist der Gesuchsteller hingegen darauf hin, dass die Parteien grundsätzlich Anspruch auf den gleichen Lebensstandard haben (vgl. Urk. 8 S. 7). Daraus folgt umgekehrt, dass sich bei beschränkten finanziellen Mit-

- 10 -
teilen auch beide Parteien gleichermaßen in ihrer Lebensführung einzuschränken haben. 4.1 Zum Einkommen des Gesuchstellers hielt die Vorinstanz im Wesentlichen fest, dass dieser seit Juni 2010 Taggelder der Arbeitslosenversicherung in der Höhe von durchschnittlich Fr. 2'274.- beziehe (Urk. 3 S. 12 f.). Der Gesuchsteller macht im Rekursverfahren geltend, sein tatsächlich erzielttes Einkommen sei geringer. Im Lauf des Verfahrens wurden diverse Abrechnungen der Arbeitslosenversicherungskasse E._____ zu den Akten gereicht (Vi Urk. 137/6; Urk. 9). Daraus ergibt sich, dass dem Gesuchsteller insgesamt Taggelder von monatlich Fr. 2'274.30 von Juni bis August 2010 sowie von Fr. 1'757.45 im Oktober 2010 ausbezahlt wurden. Weitere Abrechnungen hat der Gesuchsteller zwar nicht vorgelegt, er behauptet aber auch nicht, dass er in der hier relevanten Zeitperiode keine weiteren Taggelder bezogen habe. Aus der Monatsabrechnung Oktober 2010 ist sodann ersichtlich, dass dem Gesuchsteller lediglich Taggelder für 17 (statt 22) Tage vergütet wurden und die Auszahlung der restlichen Taggelder vom Erhalt einer Kursbestätigung abhängig gemacht wurde (vgl. Urk. 9). Der Gesuchsteller hat damit grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung von Fr. 2'477.20 brutto (Fr. 112.60/Tag à 22 Tage), was nach Abzug der Sozialabgaben (Fr. 202.90) einen Taggeldanspruch von Fr. 2'274.30 ergibt. Des Weiteren geht aus den Unterlagen über das Erwerbserwerbseinkommen des Gesuchstellers hervor, dass er bei andauernder Arbeitslosigkeit noch bis zum Ablauf der Rahmenfrist am 31. Mai 2012 Anspruch auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung hat (vgl. Urk. 9). Seinen Rekursanträgen zum

geschuldeten Unterhalt legt der Gesuchsteller denn auch seine allfällige Aussteuerung als feststehende Tatsache zugrunde (vgl. Urk. 8 S. 5), was letztlich auf die von ihm geäußerte Überzeugung zurückzuführen ist, er werde keine Arbeitsstelle mehr finden können (vgl. Vi Urk. 136 S. 9). Da der Leistungsbezug auch von Umständen wie Krankheit oder Unfall abhängt, lässt sich die Restbezugsdauer ungeachtet des bekannten verbleibenden Taggeldanspruches nicht genau vorhersagen. Dass der Gesuchsteller inzwischen tatsächlich ausgesteuert worden wäre, hat er denn auch nicht behauptet.

- 11 - 4.2 Die Gesuchstellerin hat bereits im vorinstanzlichen Verfahren die Ansicht vertreten, der Gesuchsteller sei in der Lage, seinen Lebensunterhalt zu bestreiten und für sich selber aufzukommen (Vi Urk. 138 S. 2). Die Vorinstanz hat es demgegenüber unter Verweis auf die eingereichten Bewerbungen als glaubhaft erachtet, dass der Gesuchsteller die nötigen Anstrengungen für die Stellensuche treffe, und hat auf die Festsetzung eines hypothetischen Einkommens verzichtet (Urk. 3 S. 13 f.). Im Rekursverfahren beharrt die Gesuchstellerin darauf, dass der Gesuchsteller seinen Lebensunterhalt voll und ganz verdienen könnte, wenn er dies dann auch wollte. Das Gegenteil würden - so die Gesuchstellerin weiter - auch die von ihm vorgelegten Stellenbewerbungen nicht beweisen, habe der Gesuchsteller doch teilweise für Arbeit nachgefragt, für welche er nicht qualifiziert sei oder über zu wenig Erfahrung verfüge (Urk. 13 S. 3). Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (vgl. Urk. 3 S. 13), ist im Massnahmeverfahren grundsätzlich von den aktuellen Verhältnissen auszugehen. Sowohl dem auf den Unterhaltsbeitrag angewiesenen Ehegatten als auch dem Beitragspflichtigen kann jedoch ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen möglich und zumutbar ist (BGE 128 III 5 E. 4a; BGE 127 III 139 E. 2a). Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren ist dem Ziel der wirtschaftlichen Selbstständigkeit bereits Rechnung zu tragen und auf die bundesgerichtlichen Richtlinien zum Scheidungsunterhalt abzustellen (BGE 130 II 537 E. 3.2). Der Gesuchsteller stellt weder die Anwendbarkeit des im nahehelichen Unterhaltsrecht geltenden Prinzips der primären Eigenverantwortung noch die Zumutbarkeit der Ausübung einer Erwerbstätigkeit in Frage. Hingegen verneint er die tatsächliche Möglichkeit, seinen Unterhalt mit einem eigenen Erwerbseinkommen finanzieren zu können. 4.3 Unangefochten steht fest, dass der Gesuchsteller bereits seit längerer Zeit erwerbslos ist. Zum Beleg seiner vergeblichen Arbeitssuchbemühungen hat der Gesuchsteller vor Vorinstanz eine Vielzahl von Bewerbungsschreiben eingereicht, mit welchen er sich vornehmlich um eine Anstellung als ... oder ...-Berater beworben hat (vgl. Vi Urk. 106/7 und Vi Urk. 137/7). Die Gesuchstellerin bestreitet weder die Ernsthaftigkeit noch die Qualität der vom Gesuchsteller unternommenen Erwerbssuchbemühungen. Die bislang erfolglos getätigten Arbeitssuchbemühun-

- 12 - geben in ihrer Gesamtheit ein gewichtiges Indiz dafür ab, dass der Gesuchsteller zumindest in seinem angestammten Berufszweig weiterhin nicht innert Kürze arbeitsmässig Fuss fassen können. Es mag richtig sein, dass der Gesuchsteller überwiegend um Stellen nachgesucht hat, für welche er einschlägige Berufserfahrung vorzuweisen hat. Dies kann dem Gesuchsteller jedoch nicht verargt werden, bestehen doch bei solchen Bewerbungsbemühungen auch die höchsten Erfolgsaussichten. Die Gesuchstellerin weist sodann zutreffend darauf hin, dass sich der Gesuchsteller (vgl. Urk. 13 S. 3) vereinzelt auf Arbeitsstellen mit leitenden Funktionen beworben hat, für welche er als nicht genügend qualifiziert erscheint (beispielsweise "Leiter ...", "...-Leiter", "...-Leiter" oder

"Senior-..."). Angesichts der dokumentierten Bewerbungsmenge ändert diese Tatsache jedoch nichts an der Einschätzung, dass der Gesuchsteller sich redlich um ein eigenes Auskommen bemüht hat. Ob der Gesuchsteller sich bei der Arbeitssuche längerfristig auf Stellen aus vertrauten Berufsfeldern konzentrieren darf oder eher gehalten sein wird, die Erwerbsbemühungen bereichsmässig zu erweitern und sich um eine einfache Anstellung bis hin zu eigentlichen Hilfsarbeitertätigkeiten zu bemühen, wird allenfalls im Hauptverfahren im Zusammenhang mit dem nahehelichen Unterhalt erneut zu prüfen sein. 4.4 Aufgrund der Häufigkeit und Regelmässigkeit der insgesamt unternommenen Bewerbungsanstrengungen lässt sich dem Gesuchsteller jedenfalls nicht der Vorwurf machen, er habe sich nicht im Rahmen seiner Möglichkeiten um eine Arbeitsstelle bemüht. Unabhängig von der Frage, ob einem Ehegatten weitere Anstrengungen bei der Arbeitssuche zugemutet werden können, ist bei der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zudem konkret zu bestimmen, welcher Erwerbstätigkeit dieser nachgehen kann. Massgebend sind dabei namentlich das Alter, die Gesundheit, die Ausbildung, die persönlichen Fähigkeiten des Ehegatten sowie die Arbeitsmarktlage. Der Gesuchsteller weist mit Recht darauf hin, dass bei der Beurteilung seiner Erwerbsaussichten mehrere tendenziell ungünstige Faktoren berücksichtigt werden müssen. So ist der Gesuchsteller im heutigen Zeitpunkt 62 Jahre alt und befindet sich damit bereits im fortgeschrittenen Alter. Auch wenn der Gesuchsteller an sich gesund und uneingeschränkt arbeitsfähig ist, dürfte dadurch das Auffinden einer neuen Arbeitsstelle angesichts der Konkur-

- 13 - renz jüngerer Arbeitskräfte auch bei einfacheren und ungelerten Tätigkeiten wesentlich erschwert werden. Es entspricht einer allgemeinen Erfahrungstatsache, dass die Anstellungschancen für Arbeitssuchende in diesem Alterssegment deutlich geringer sind. Negativ auswirken wird sich bei der Arbeitssuche schliesslich auch die nun schon länger andauernde Abwesenheit vom Erwerbsleben des seit mehr als zwei Jahren arbeitslosen Gesuchstellers. Hinzu kommt, dass die Arbeitsmarktlage nach wie vor angespannt ist. Andererseits hat der Gesuchsteller eine fundierte Berufsausbildung absolviert und vor seiner selbständigen Tätigkeit auch mehrere Jahre in unterschiedlichen Stellungen im erlernten Beruf gearbeitet. Da der Gesuchsteller damit zwar über langjährige, nicht aber besonders breitgefächerte Berufserfahrung verfügt, vermag dieser Vorteil bei der Arbeitssuche die zuvor angeführten Nachteile nicht aufzuwiegen. Die Gesuchstellerin zeigt denn auch nicht in substantiiert Weise auf, in welchen Berufszweigen der Gesuchsteller das ihrer Ansicht nach realistische Einkommen erwirtschaften können sollte.

E. 5.1

Nach dem Gesagten verbleiben überwiegende Zweifel, ob der Gesuchsteller auch bei Aufbietung allen guten Willens innert nützlicher Frist eine Arbeitsstelle finden und dabei ein mindestens bedarfsdeckendes Einkommen erzielen können wird. Es steht vielmehr zu befürchten, dass es dem Gesuchsteller in nächster Zukunft nicht möglich sein wird, sein beruflich-erwerbliches Leistungsvermögen auf dem Arbeitsmarkt zu verwerten. Folglich ist der Vorinstanz (vgl. Urk. 3 S. 13 f.) darin beizupflichten, dass die Aufrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens zu unterbleiben hat. Auf Seiten des Gesuchstellers ist stattdessen auf das bis auf Weiteres zu erreichende Erwerb ersatzeinkommen in der Höhe von rund Fr. 2'275.– pro Monat abzustellen. Die Vorinstanz hielt in einem zweiten Schritt dafür, dass der Gesuchsteller unterhaltsbedürftig sei, weil ihm bei den verfügbaren Einkünften ein monatlicher Betrag von rund Fr. 800.– fehle, um seine notwendigen Lebenshaltungskosten zu decken. Dabei bestimmte die Vorinstanz den massgeblichen

Bedarf des Gesuchstellers auf Fr. 3'031.– (Grundbedarf Fr. 1'200.–; Wohnung Fr. 850.–; Krankenkasse Fr. 315.–; Haftpflicht- und Haus- ratversicherung Fr. 26.–; Fahrzeugkosten Fr. 400.–; TV- und Kommunikationskos- ten Fr. 140.–; Steuern Fr. 100.–) pro Monat (Urk. 3 S. 15 ff.). Der Gesuchsteller beanstandet diese Bedarfsrechnung hinsichtlich mehrerer Ausgabenpositionen

- 14 - und beziffert sein Existenzminimum auf monatlich Fr. 4'186.45 (Urk. 8 S. 3 f.). Die Gesuchstellerin demgegenüber bringt vor, die Vorinstanz habe gewisse Auslagen zu Unrecht in einem zu hohen Betrag berücksichtigt (Urk. 13 S. 3). Zu den Be- darfsverhältnissen des Gesuchstellers ergibt sich im Einzelnen Folgendes: a) Eine erste Rüge des Gesuchstellers betrifft die Stromkosten, welche die Vorinstanz nach Ansicht des Gesuchstellers zu Unrecht nicht im Bedarf be- rücksichtigt hat (Urk. 8 S. 4). Nach dem für die Ermittlung des Existenzminimums massgeblichen Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich (publiziert in ZR 108 [2009] Nr. 62; nachfolgend Kreisschreiben) gehören Stromkosten - wie dies vom Gesuchsteller im Übrigen ausdrücklich aner- kannt wurde (vgl. Urk. 8 S. 4) - nicht in den Notbedarf (vgl. Kreisschreiben Zif- fer II). Als Nächstes macht der Gesuchsteller für die Radio- und Fernsehgebühren sowie für Kommunikation monatliche Auslagen von Fr. 158.50 geltend (Urk. 8 S. 4). Abgesehen davon, dass die von der Vorinstanz dafür eingesetzten Fr. 140.– nur unwesentlich von den vom Gesuchsteller behaupteten Kosten ab- weichen, ist weder dargetan noch ersichtlich, dass der Gesuchsteller tatsächlich auf einen höheren Betrag angewiesen wäre. Insbesondere wurde nicht plausibel dargelegt, weshalb der Gesuchsteller zur Gewährleistung der jederzeitigen Er- reichbarkeit ein Festnetzanschluss und ein Mobiltelefon benötigen würde (vgl. Urk. 8 S. 4). b) Der Gesuchsteller hat vor Vorinstanz sodann Leasingkosten von Fr. 307.– sowie Autokosten von Fr. 500.– geltend gemacht und davon insgesamt Fr. 400.– zuerkannt erhalten (Urk. 3 S. 15). Weil er verpflichtet sei, gesamt- schweizerisch eine Anstellung zu finden und deshalb in der ganzen Schweiz her- umfahre, um sich vorzustellen, hält der Gesuchsteller daran fest, dass ihm neben den Leasinggebühren Autokosten von mindestens Fr. 500.– im Bedarf anzurech- nen seien (Urk. 8 S. 4). Die Gesuchstellerin ihrerseits wehrt sich gegen die Auf- nahme von Fahrzeugkosten in den Bedarf des Gesuchstellers (Urk. 13 S. 3). Die von der Gesuchstellerin dafür gegebene Begründung, die finanziellen Mittel seien schlicht zu knapp, überzeugt angesichts des Umfangs der der Gesuchstellerin mittlerweile angefallenen Erbschaft (vgl. nachfolgende Erwägung III.A/8.2) nicht.

- 15 - Die Gesuchstellerin stellt nicht in Abrede, dass die Benutzung eines Fahrzeuges grundsätzlich zum ehelichen Standard des Gesuchstellers gehört. Es wäre nun aber stossend, wenn die Gesuchstellerin dank der Erbschaft den früheren Le- bensstandard uneingeschränkt fortsetzen könnte, während der in Not geratene Gesuchsteller sich in seiner Lebensführung noch weiter einschränken müsste. Unabhängig davon, ob die betriebsrechtlichen Voraussetzungen für den Ein- bezug von Kosten für ein Fahrzeug (vgl. Kreisschreiben Ziffer III.3.4) als erfüllt angesehen werden könnten, sind dem Gesuchsteller deshalb gewisse Auslagen für die Fahrzeugbenutzung im Bedarf anzurechnen. Hinsichtlich der konkret anfal- lenden Kosten weist die Gesuchstellerin einzig darauf hin, dass der Gesuchsteller nicht jeden Tag mit dem öffentlichen Verkehr nicht zu bewältigende Wegstrecken zurücklegen müsse (Urk. 13 S. 3). Die Gesuchstellerin legt in ihren Ausführungen indessen nicht dar, weshalb der von der Vorinstanz berücksichtigte Betrag unter diesen Umständen als ungerechtfertigt hoch betrachtet werden müsste, und

sagt auch nicht, welche Ausgaben sie stattdessen als angemessen erachten würde. Die Rekursvorbringen des Gesuchstellers geben ebenso wenig Grund zu einer von derjenigen im vorinstanzlichen Entscheid abweichenden Festsetzung der an- zurechnenden Fahrtkosten. Seine daherigen Behauptungen konkretisiert der Ge- suchsteller weder in zeitlicher noch in räumlicher Hinsicht. Insbesondere zeigt er nicht auf, in welcher Häufigkeit er sich auswärts vorzustellen hat, und substantiiert die angeblichen zusätzlichen Kosten nicht, die ihm durch die Arbeitssuchbemü- hungen verursacht werden sollen (vgl. Urk. 8 S. 5). Der Gesuchsteller tut schliess- lich nicht dar, weshalb zur jeweiligen Anreise nicht auch die öffentlichen Ver- kehrsmittel benutzt werden könnten. Aus den vorgelegten Bewerbungsunterlagen (Vi Urk. 106/7 und Vi Urk. 137/7) ergibt sich jedenfalls, dass sich der Gesuchstel- ler bislang mehrheitlich innerhalb des Kantons Zürich beworben hat. Die Leasing- raten sind in der Höhe von Fr. 307.– pro Monat zwar belegt, doch enthalten sie auch einen nicht näher zu spezifizierenden Anteil für die Amortisation (vgl. Vi Urk. 106/10). Ausgewiesen ist sodann der Jahresbeitrag für die Motorfahrzeug- haftpflichtversicherung in der Höhe von Fr. 3'218.30, was einem monatlichen Be- trag von rund Fr. 270.– entspricht (vgl. Vi Urk. 106/13). An sich nicht zwingend an- fallende Auslagen sind bei der Bedarfsermittlung nur insoweit zu berücksichtigen,

- 16 - als sie angemessen sind. Im Vergleich mit dem gemäss dem massgeblichen Kreisschreiben vorgesehenen Rahmen zwischen Fr. 100.– bis Fr. 600.– für ein beruflich benötigtes Fahrzeug erscheinen die vom Gesuchsteller geltend gemach- ten Ausgaben als zu hoch. Namentlich die Versicherungsbeiträge erweisen sich mit Blick auf Art und Umfang der Verwendung des Fahrzeuges durch den Ge- suchsteller als unverhältnismässig hoch. Dass der Gesuchsteller - wie er das im Weiteren behauptet hat (Vi Urk. 105 S. 10) - den Leasingvertrag für das Fahrzeug nicht vorzeitig hätte auflösen können, ist nicht belegt. Aus dem zu den Akten ge- reichten Leasingvertrag geht vielmehr hervor, dass eine vorzeitige Kündigung mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf das Ende einer dreimonatigen Leasing- dauer möglich sei und danach eine Abrechnung erfolge (Vi Urk. 106/10). Mit wel- chen zusätzlichen Kosten die Vertragsauflösung für den Gesuchsteller konkret verbunden gewesen wäre, wurde nicht dargelegt und offenbar auch nicht abge- klärt, obschon der Gesuchsteller bereits mit Entscheid der Sozialbehörde der Gemeinde F._____ vom 3. Februar 2010 aufgefordert wurde, eine Auflösung des Leasingvertrages zu prüfen (Vi Urk. 79/3). Unter allen diesen Umständen ist die von der Vorinstanz vorgenommene Kürzung der Fahrtkosten auf monatlich Fr. 400.– gerechtfertigt und nicht zu beanstanden. c) Die weiteren Vorbringen des Gesuchstellers lassen die vorinstanzliche Bedarfsrechnung in den damit beanstandeten Punkten nicht als unrichtig erschei- nen. Ins Leere zielt zunächst die Kritik hinsichtlich der Auslagen für eine Haft- pflicht- und Hausratversicherung, beruht sie doch auf der irrtümlichen Annahme, die Vorinstanz habe diese Kosten nicht berücksichtigt (vgl. Urk. 8 S. 3 und S. 4; Urk. 3 S. 16). Die vom Gesuchsteller sodann angesprochenen AHV-Beiträge (Urk. 8 S. 4) werden aus der Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet oder von ei- nem allfälligen Lohn des Gesuchstellers in Abzug gebracht werden. Für eine zu- sätzliche Aufrechnung von AHV-Beiträgen im Bedarf besteht daher keine Not- wendigkeit. Die vom Gesuchsteller gegen die vorinstanzliche Schätzung seiner Steuerbelastung erhobenen Einwände blieben schliesslich unsubstantiiert und gehen von der vollständigen Gutheissung seiner Anträge zum geschuldeten Un- terhalt aus (Urk. 8 S. 4). Wird auf die tatsächlich gegebenen Einkommensverhält-

- 17 - nisse abgestellt, erscheinen die von der Vorinstanz für die Steuern aufgerechneten Auslagen als angemessen.

E. 5.2

Einschliesslich der übrigen unbestritten gebliebenen Aufwandpositionen ergibt sich der folgende zu deckende Bedarf des Gesuchstellers: Grundbetrag Fr. 1'200.– Wohnung Fr. 850.– Krankenkasse Fr. 315.– Haftpflicht- und Hausratversicherung Fr. 26.– Mobilität Fr. 400.– TV- und Kommunikationskosten Fr. 140.– Steuern Fr. 100.– Total Bedarf (gerundet) Fr. 3'050.– Zur Aufbringung seines Bedarfs fehlt dem Gesuchsteller bei eigenen Einkünften von monatlich rund Fr. 2'275.– demnach ein Betrag von Fr. 775.– pro Monat. In diesem Umfang ist der Gesuchsteller auf Unterhaltsleistungen der Gesuchstellerin angewiesen. Im Folgenden wird daher zu prüfen sein, ob es der Gesuchstellerin möglich und zumutbar ist, dem Gesuchsteller zur Deckung des Fehlbetrages Unterhaltszahlungen zu erbringen. 6.1 Die Vorinstanz hat die Frage nach der Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin - wie bereits ausgeführt wurde (vgl. Erwägung III.A/2 hiervor) - im verneinenden Sinne beantwortet. Der Gesuchsteller ist im Rekursverfahren unverändert der Auffassung, dass die Gesuchstellerin leistungsfähig und in der Lage sei, ihn zu unterstützen. Wie schon im vorinstanzlichen Verfahren weist der Gesuchsteller im Rekursverfahren zunächst darauf hin, dass die Gesuchstellerin von ihrer Familie in der Form von Erbvorbezügen grosse Unterstützung erhalte, welche ihr sehr wohl als Einkommen anzurechnen sei (Urk. 8 S. 6). Die Gesuchstellerin räumt ein, dass sie ihren Lebensunterhalt mit Hilfe finanzieller Zuwendungen seitens ihres Vaters und ihres Bruders finanziert. Indessen macht sie geltend, dass sie von ihrem Bruder lediglich Darlehen erhalte, die nicht nur zurückzubezahlen, sondern auch zu verzinsen seien. Es könne nicht angehen, dass sie gestützt auf Darlehen, die lediglich eine Schuld begründen, Unterhaltsbeiträge an den Gesuchsteller zu

- 18 - bezahlen habe (Urk. 13 S. 4). Die Vorinstanz hat es abgelehnt, allfällige finanzielle Zuwendungen von Familienmitgliedern bei der Bestimmung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin zu berücksichtigen und dabei auf die im Schrifttum mehrheitlich vertretene Rechtsansicht verwiesen, wonach freiwillige Leistungen Dritter nicht als Einkommen zu betrachten seien, ansonsten sie indirekt einer anderen Person zukämen als derjenigen, für die sie tatsächlich bestimmt seien (Urk. 3 S. 18). 6.2 Die Leistungsfähigkeit eines Unterhaltspflichtigen wird durch freiwillige Zuwendungen Dritter zwar erhöht, doch lehnt die herrschende Lehre - welche bereits von der Vorinstanz zitiert wurde (vgl. Urk. 3 S. 18) - die Berücksichtigung solcher Leistungen grundsätzlich ab mit dem Argument, dass diese nach dem Willen des zuwendenden Dritten dem Empfänger und nicht der unterhaltsberechtigten Person zukommen sollen (Hausheer/Spycher, in: Hausheer/Spycher [Hrsg.], Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, Rz. 01.44; Suter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 53 zu Art. 125 ZGB; FamKomm Scheidung-Schwenzer, N 18 zu Art. 125 ZGB). Vereinzelt wird im Schrifttum auch die Auffassung vertreten, freiwillige Unterstützungsleistungen Dritter seien bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit solange zu beachten, als diese tatsächlich bezahlt werden (vgl. Geiser, Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltspflichten, AJP 2 [1993] S. 904). Das Bundesgericht lässt die Berücksichtigung freiwilliger Unterstützungsleistungen Dritter indessen nur zu, wenn davon ausgegangen werden muss, dass die Anrechnung nicht dem Willen des zuwendenden Dritten widerspricht, und die Zuwendung überdies auf einer gesetzlichen

Unterstützungspflicht auch gegen- über dem Unterhaltsberechtigten beruht (BGE 128 III 161 ff.; BGer vom 23. No- vember 2005, 5C.27/2005 E. 3.4). 6.3 Von den soeben skizzierten Grundsätzen abzuweichen, können die Vorbrin- gen des Gesuchstellers keinen Anlass geben. Er spricht sich zwar gegen die An- wendbarkeit der von der Vorinstanz angeführten Rechtsprechung aus und macht geltend, diese habe "ganz andere Fälle vor Augen" und nicht "so einen krassen" wie den hier zu beurteilenden (Urk. 8 S. 7). Aus welchen Gründen die Vergleich-

- 19 - barkeit des vorliegenden Falles mit den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen verneint werden müsste, wird hingegen nicht im Einzelnen dargelegt. Weil die in der Lehre und der gerichtlichen Praxis vorherrschende Ansicht betreffend Nichtberücksichtigung von Leistungen Dritter bei der Bestimmung der Leistungs- fähigkeit des Unterhaltsschuldners nicht nach dem Ausmass solcher Zuwendun- gen differenziert, kann auch nicht relevant sein, während welches Zeitraumes die Gesuchstellerin in welchem Umfang von ihren Angehörigen Zuwendungen erhal- ten hat. Der Gesuchsteller zeigt sodann nicht auf, dass und inwiefern die vom Bundesgericht aufgestellten Voraussetzungen für die ausnahmsweise Anrech- nung von freiwilligen Leistungen Dritter gegeben wären. Die Familienangehörigen der Gesuchstellerin trifft denn auch keinerlei Unterstützungspflicht gegenüber dem Gesuchsteller persönlich. Die Gesuchstellerin räumt ein, dass sie und der Gesuchsteller während des Zusammenlebens zuweilen auch als Familie von fi- nanziellen Zuwendungen seitens des Vaters oder des Bruders der Gesuchstelle- rin profitiert haben (vgl. Urk. 13 S. 4). Die tatsächliche Familiengemeinschaft be- steht schon seit mehreren Jahren nicht mehr. Die Ehe der Parteien ist mittlerweile gar rechtskräftig geschieden. Unter diesen Umständen darf nicht ohne Weiteres angenommen werden, die Verwandten der Gesuchstellerin würden nach wie vor auch den Unterhalt des Gesuchstellers finanzieren wollen. Gegenteilig entspricht es der Lebenserfahrung, dass mit der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft auch die Bereitschaft von Angehörigen eines Ehegatten endet, den anderen Ehe- gatten weiterhin mit zu unterstützen. 6.4 Zwischen den Parteien ist die rechtliche Einordnung der von der Gesuchstel- lerin erhaltenen Gelder umstritten. Der Gesuchsteller qualifiziert diese als Erbvor- bezüge (Urk. 6 S. 6), während die Gesuchstellerin geltend macht, zumindest von ihrem Bruder seien ihr lediglich Darlehen ausbezahlt worden, welche nicht nur zu- rückzubezahlen, sondern auch zu verzinsen seien (Urk. 13 S. 4 und S. 7). Die Vo- rinstantz hat diese Thematik nicht abschliessend behandelt (Urk. 3 S. 18). Durch die Akten ausgewiesen ist, dass die Gesuchstellerin von der G._____ AG am 23. Juni 2005 ein Darlehen von Fr. 200'000.– und am 14. Juni 2007 ein solches von Fr. 250'000.– erhalten hat (Vi Urk. 84/5/1 und Vi Urk. 84/5/3). Die Darstellung der Gesuchstellerin erscheint nicht kohärent und nicht rundweg überzeugend. So

- 20 - hat die Gesuchstellerin andernorts ausgeführt, dass es ihr nur wegen finanzieller Zuwendungen von Bruder und Vater überhaupt möglich sei, den Lebensunterhalt der Kinder und ihrer selbst zu decken (Urk. 13 S. 4). Dass alle diese Zahlungen jeweils auf Darlehen basierten, ist nicht belegt. In Bezug auf die dokumentierten Darlehen hat die Gesuchstellerin in den Steuererklärungen für die Jahre 2007 und 2008 entsprechende Schuldzinsen in Abzug gebracht (vgl. Vi Urk. 137/11 und Vi Urk. 137/12 [= Vi Urk. 38/1 und Vi Urk. 38/2]). Darüber hinaus ist jedoch nicht er- sichtlich, dass weitere Zins- oder aber Amortisationszahlungen geleistet worden wären. Da die Gesuchstellerin abgesehen von der selbst bewohnten Liegenschaft eigenen Aussagen zufolge über kein Vermögen verfügte und auch kein Einkom- men erzielte, ist nicht erklärbar und wird auch nicht

erklärt, wie sie solche Zahlungen hätte erbringen können. Es liegt daher nahe, dass die fraglichen Bezüge der Gesuchstellerin in Anrechnung an ihren dereinstigen Erbanteil erfolgt sind. Dies muss für die Beurteilung der unterhaltsrelevanten Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin indessen ohne Einfluss bleiben. Denn die Angehörigen der Gesuchstellerin sind in keiner Weise daran gehindert, ihre Zuwendungen an die Gesuchstellerin einzustellen. Über die ihr zustehenden Erbanwartschaften konnte die Gesuchstellerin weder rechtlich noch tatsächlich nach Belieben verfügen. Das Vorbringen des Gesuchstellers, wonach die Gesuchstellerin freien Zugang zu den finanziellen Mitteln ihrer Familie habe (Vi Urk. 136 S. 12), ist eine unbelegte Behauptung. Ein erbbedingter Vermögensanfall war im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheides noch nicht eingetreten, weshalb der Gesuchstellerin aus einem aus damaliger Perspektive zukünftigen Vermögensanfall auch kein Ertrag oder Kapital anzurechnen war. Ob die Gesuchstellerin - wie der Gesuchsteller mutmasst (vgl. Urk. 8 S. 7) - über Erbanwartschaften in Millionenhöhe verfügte, brauchte daher nicht vertieft erörtert zu werden. 7.1 Aus den dargelegten Gründen fällt bei der Gesuchstellerin eine einnahmenseitige Anrechnung der finanziellen Leistungen von ihren Familienangehörigen ausser Betracht. Die Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin lässt sich entgegen der vom Gesuchsteller mitunter vertretenen Ansicht (Vi Urk. 136 S. 12; Urk. 8 S. 7; vgl. auch Prot. I S. 93 und Vi Urk. 105 S. 12) auch nicht mit ihrem Miteigentum an der ehelichen Liegenschaft in H. _____ begründen. Denn einer der Haupt-

- 21 - streitpunkte des inzwischen wieder in erster Instanz hängigen Scheidungsprozesses zwischen den Parteien betrifft die von der Gesuchstellerin bestrittenen güterrechtlichen Ansprüche des Gesuchstellers bezüglich dieser Liegenschaft. In Anbetracht des vorläufigen Charakters vorsorglicher Massnahmen kann es der Gesuchstellerin nicht zugemutet werden, ihren Miteigentumsanteil an der von ihr selbst bewohnten Liegenschaft bereits während des Scheidungsverfahrens zu veräussern, um aus dem allenfalls erzielten Erlös Unterhaltsbeiträge an den Gesuchsteller leisten zu können. Dass die Gesuchstellerin aus dem entsprechenden Vermögenswert anderweitig als Einkommen aufzurechnende Erträge erzielen würde, wurde nicht behauptet. Im Rekursverfahren macht der Gesuchsteller schliesslich geltend, die heute im 49. Altersjahr stehende Gesuchstellerin, welche nur noch eine 17-jährige Tochter zu betreuen habe, könne ohne Weiteres einer Arbeit nachgehen und mindestens ein Nettoeinkommen von Fr. 5'000.- erzielen (Urk. 8 S. 6). Die Gesuchstellerin widersetzt sich der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens. Unter Verweis auf die eheliche Rollenverteilung und ihre beruflichen Tätigkeiten während der Ehe machte sie zunächst geltend, es könne von ihr nicht verlangt werden, "Hals über Kopf" einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, um den Gesuchsteller wirtschaftlich zu unterstützen. Sollte ihr dennoch ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, wäre - fuhr die Gesuchstellerin fort - von einem Betrag von etwa Fr. 4'000.- netto pro Monat auszugehen, welcher es ihr nicht erlauben würde, den eigenen Bedarf zu decken und zusätzlich den Gesuchsteller zu unterstützen (Urk. 13 S. 6 f.; vgl. auch Vi Urk. 138 S. 4). 7.2 In Bezug auf die Erwerbslage der Gesuchstellerin hält der angefochtene Entscheid fest, dass die Gesuchstellerin derzeit nicht berufstätig sei und kein Einkommen erziele. Die Gesuchstellerin habe - so die Vorinstanz weiter - nur nebenher im Betrieb des Gesuchstellers gearbeitet und nie ein höheres Jahreseinkommen als rund Fr. 20'000.- generiert (Urk. 3 S. 17 ff.). Im vorinstanzlichen Entscheid wird nichts dazu ausgeführt, ob und gegebenenfalls in welchem Rahmen die Gesuchstellerin ein Erwerbseinkommen erzielen könnte. Die Vorinstanz musste sich damit auch nicht

befassen, hat der Gesuchsteller im vorinstanzlichen Massnahmeverfahren die seiner Ansicht nach vorhandene Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin doch noch nicht mit der Möglichkeit der Erzielung eines Einkommens

- 22 - aus Arbeitstätigkeit begründet (vgl. Vi Urk. 105 und Vi Urk. 136). Die Fragen, ob und inwieweit ein Ehegatte einer Erwerbsarbeit nachgehen und welches Einkommen er dabei erwirtschaften kann, sind tatsächlicher Natur, zu denen der Gesuchsteller im Rechtsmittelverfahren neue Behauptungen vorgetragen hat. Im Rekursverfahren sind namentlich neue Tatsachenvorbringen indessen nur unter den in § 115 ZPO/ZH umschriebenen Voraussetzungen zulässig (§ 278 ZPO/ZH in Verbindung mit § 267 Abs. 1 ZPO/ZH und § 278 ZPO/ZH). Zuzulassen sind solche Vorbringen nach § 115 ZPO/ZH, wenn sich ihre Richtigkeit aus den Prozessakten ergibt oder diese durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können (Ziffer 2), wenn es sich um Tatsachen handelt, von denen glaubhaft gemacht wird, dass sie trotz angemessener Tätigkeit nicht rechtzeitig angeufen werden konnten (Ziffer 3), und wenn es sich um Tatsachen handelt, die das Gericht von Amtes wegen zu beachten hat (Ziffer 4). Es liegt an derjenigen Partei, welche neue Vorbringen geltend machen will, dem Gericht die tatsächlichen Voraussetzungen eines der Ausnahmetatbestände von § 115 ZPO/ZH darzulegen. 7.3 Es ist weder ersichtlich noch dargetan, weshalb der Gesuchsteller im Rekursverfahren zur Aufstellung neuer Behauptungen betreffend die Ausschöpfung des Erwerbspotentials durch die Gesuchstellerin berechtigt sein sollte. Die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin war bereits vor Vorinstanz streitig, weshalb der Gesuchsteller hinreichend Grund gehabt hätte, sich im Sinne der Eventualmaxime (vgl. § 114 ZPO/ZH) unter allen denkbaren Gesichtspunkten damit auseinanderzusetzen. Von daher gesehen kann nicht erst der vorinstanzliche Entscheid zu den entsprechenden Behauptungen betreffend die Erwerbsfähigkeit der Gesuchstellerin veranlasst haben. Im Lichte des Gesagten sind die im vorsorglichen Massnahmeverfahren vom Gesuchsteller erstmals vor Obergericht erhobenen Behauptungen zur Erwerbsfähigkeit der Gesuchstellerin als unzulässige Noven grundsätzlich nicht zu hören. Aus dem ebenfalls vor der Kammer geführten Berufungsprozess in der Scheidungssache der Partei ist nun aber bekannt, dass die Gesuchstellerin seit dem 1. Juni 2011 in einem Pensum von 60 % als "... " bei der I. _____ AG in J. _____, an welcher ihr Bruder K. _____ beteiligt ist, arbeitet und ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'050.- (ohne Kinderzulagen) erzielt (vgl. Geschäfts-Nr. LC110003 Urk. 205 S. 4 und Geschäfts-

- 23 - Nr. LC110003 Urk. 207/2). Die Tatsache der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch die Gesuchstellerin gilt demnach als gerichtskundig und kann insofern auch im vorliegenden Verfahren berücksichtigt werden, ohne dass sie von einer der Parteien ausdrücklich behauptet worden zu sein braucht (vgl. Walder-Richli/Grob-Andermacher, a.a.O., § 17 N 11). Abzuklären bleibt indessen, ob das seit Juni 2011 von der Gesuchstellerin erreichte Erwerbseinkommen ihr neben der Finanzierung der persönlichen Lebenshaltungskosten die Entrichtung von Unterhaltsbeiträgen gestattet. Ihren zu deckenden Bedarf veranschlagt die Gesuchstellerin im Rekursverfahren auf monatlich insgesamt Fr. 9'036.35 (Urk. 13 S. 6). Der Gesuchsteller hat sich nicht dazu geäußert. 7.4 Soweit bei der Bestimmung des Grundbedarfs die konkrete Höhe einer Bedarfsposition zur Diskussion steht, handelt es sich um eine Tatfrage. Insofern haben die betragsmässigen Darlegungen der Gesuchstellerin zu den einzelnen Ausgabenposten als unbestritten zu gelten. Ob solche Aufwendungen im Rahmen der Bedarfsberechnung zu

berücksichtigen sind, stellt dagegen eine Rechtsfrage dar (vgl. BGE vom 14. November 2011, 5A_435/2011 E. 9.2). Zu beachten ist vorab, dass mittlerweile alle drei Kinder der Parteien mündig sind, wobei die jüngste Tochter D._____ das 18. Altersjahr erst am tt. September 2011 und damit vor nicht allzu langer Zeit zurückgelegt hat. Bis dahin sind im Bedarf auch gewisse Auslagen für die im Haushalt der Gesuchstellerin lebende Tochter zu berücksichtigen. Da die Unterhaltspflicht gegenüber dem Ehegatten derjenigen gegenüber den mündigen Kindern vorgeht, sind die Unterhaltskosten für mündige Kinder ab dem Zeitpunkt der Mündigkeit - entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 13 S. 6) - nicht in die Grundbedarfsrechnung für den unterhaltspflichtigen Ehegatten einzubeziehen (BGE 132 III 211 f. E. 2.3). Daraus folgt, dass für die in Wohngemeinschaft mit einer erwachsenen Person lebende Gesuchstellerin (vgl. Urk. 27 S. 2) ab dann noch ein Grundbetrag von Fr. 1'100.- (vgl. Kreisschreiben Ziffer II.1.1) sowie kein Kindergrundbetrag mehr zugelassen werden kann. Indessen ergibt sich nur schon nach Hinzurechnung der Wohnkosten der Gesuchstellerin von insgesamt rund Fr. 2'000.- pro Monat (bestehend aus Heizung Fr. 150.-, Wasser Fr. 85.-, Abfallgebühr Fr. 50.-, Strom Fr. 121.95 sowie Hypothek Fr. 1'600.- [Urk. 13 S. 6]), dass der massgebende Bedarf der Gesuchstellerin das von ihr erzielte Einkommen übersteigt, zumal angesichts ihrer Erwerbstätigkeit zweifellos gewisse Berufsgestehungskosten anfallen. Umso eher trifft diese Feststellung für die Zeitphase zu, in welcher noch Kosten für die Tochter D._____ im Bedarf angerechnet werden können. Damit ist es der Gesuchstellerin nicht möglich, dem Gesuchsteller aus ihrem Erwerbseinkommen Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. 8.1 Mit Eingabe vom 11. Januar 2012 brachte der Gesuchsteller der Kammer zur Kenntnis, dass der Vater der Gesuchstellerin, Herr Dr. L._____ sel., verstorben sei (Urk. 23 S. 2). Weshalb es sich dabei um ein unzulässiges Novum handeln und die es enthaltende Rechtsschrift des Gesuchstellers aus dem Recht gewiesen werden müsste, ist entgegen dem scheinbar von der Gesuchstellerin vertretenen Standpunkt (vgl. Urk. 27 S. 3) nicht einsichtig. Die Gesuchstellerin hat denn auch bestätigt, dass ihr Vater im mm.2012 verstorben sei (Urk. 27 S. 2). Ebenso wenig handelt es sich dabei - wiederum entgegen den Vorbringen der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 27 S. 3) - um unerhebliche Tatsachenbehauptungen. Gemäss Art. 560 Abs. 1 ZGB erwerben die Erben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetzes. Mit Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen gehen die Forderungen, das Eigentum, die beschränkten dinglichen Rechte und der Besitz des Erblassers ohne Weiteres auf sie über, und die Schulden des Erblassers werden zu persönlichen Schulden der Erben (Art. 560 Abs. 2 ZGB). Mit dem Tod des Erblassers geht der Nachlass in seiner Gesamtheit auf die Erben über (Grundsatz der Universalsukzession; vgl. Häuptli, in: Abt/Weibel [Hrsg.], Praxis-kommentar Erbrecht, N 2 ff. zu Art. 560 ff.; BGE 107 1b 22 E. 2). Mit dem Tode des Erblassers fällt der Nachlass an die Erben und wird zugleich von ihnen erworben, wobei der Erwerb der Erbschaft durch die Erben ohne Weiteres (eo ipso) durch den Erbgang erfolgt (BSK ZGB II-Schwander, N 5 ff. zu Art. 560 ZGB). Der Erbanfall bei der Gesuchstellerin bewirkte ab dem Todestag des Erblassers am tt.mm.2012 (vgl. Urk. 34 S. 1) eine Veränderung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse und beeinflusst dergestalt auch die Beurteilung der unterhaltsrechtlich relevanten Leistungsfähigkeit. Ob die Erbschaft zwischen den beiden Geschwistern aufgeteilt ist oder nicht, ist entgegen dem Dafürhalten der Gesuchstellerin (Urk. 27 S. 3) nicht von Belang. Einerseits räumt Art. 604 Abs. 1 ZGB jedem Erben einen

- 25 - gesetzlichen Teilungsanspruch ein. Andererseits hat die Gesuchstellerin nicht geltend gemacht, dass bei der Teilung der Erbschaft Konflikte mit ihrem Bruder zu erwarten wären. 8.2 Aus den von der Gesuchstellerin zur Erbschaft vorgelegten Unterlagen lässt sich auf einen beträchtlichen erbbedingten Vermögensanfall schliessen. Das vom Erbschaftsamt M._____ gestützt auf Art. 553 ZGB erstellte Inventar (Urk. 34) weist per 21. Juni 2012 einen Nettowert des Nachlasses von Fr. 13'853'167.55 aus. Als Erben sind die Gesuchstellerin und ihr Bruder K._____ aufgeführt, die nach Angaben der Gesuchstellerin als Nachkommen zu gleichen Teilen erben (Urk. 27 S. 2). Dass der Erblasser verschiedene Vermächtnisse ausgerichtet hätte (vgl. Urk. 27 S. 2), ist eine nicht näher substantiierte und mit Ausnahme eines im Erbschaftsinventar erwähnten Legats an N._____ (vgl. Urk. 34 S. 8) unbelegte Behauptung der Gesuchstellerin. Die Aktiven des Nachlasses umfassen zunächst zwei Liegenschaften (Wohnhaus und Garagenbox "... " in O._____ mit einem Inventarwert von Fr. 1'025'000.– sowie hälftiger Miteigentumsanteil Bauernhof "... " samt Nebengebäuden und Waldfläche in P._____ mit einem Inventarwert von Fr. 325'700.–). Aus dem Erbschaftsinventar geht zudem hervor, dass mit Schenkungsvertrag vom 18. November 2011 zahlreiche Liegenschaften in P._____ mit einem Inventarwert von rund Fr. 1'814'030.– auf die beiden Kinder des Erblassers zu hälftigem Miteigentum übertragen wurden, und die Gesuchstellerin eine Parzelle Land in Q._____ mit einem Inventarwert von Fr. 192'262.– zu Alleineigentum erwarb (Urk. 34 S. 3 ff.). Darüber hinaus enthält der Nachlass des verstorbenen Vaters der Gesuchstellerin neben Bank- und anderen Guthaben in der Höhe von rund Fr. 155'000.– ein Wertschriftendepot im Wert von Fr. 2'315'158.– sowie Mobilien und Hausrat im Wert von Fr. 1'000'000.– (Urk. 34 S. 5 ff.). Aus Erbvorbezug erlangten die Gesuchstellerin und ihr Bruder schliesslich nach einer im Erbschaftsinventar erwähnten Vereinbarung vom 26. Oktober 2011 je einen Betrag von Fr. 4'486'257.50 (Urk. 34 S. 6). 8.3 Aus der vorstehenden Zusammenstellung ergibt sich, dass die Gesuchstellerin nach dem erbbedingten Vermögensanfall nunmehr über ein Millionenvermögen verfügt. Insbesondere bezüglich der diversen Liegenschaften darf als ge-

- 26 - richtsnotorisch gelten, dass deren tatsächlicher Verkehrswert die dem Erbschaftsinventar zugrunde gelegten amtlichen Werte mitunter erheblich übersteigt. Was sodann beispielsweise die sich in der Erbschaft befindlichen Wertschriftenanlagen oder Bankguthaben an Erträgen abwerfen, ist unklar. Bei der gegebenen Aktenlage ist es der Kammer mangels Offenlegung der erforderlichen Angaben durch die Gesuchstellerin nicht möglich, das genaue Vermögen der Gesuchstellerin und die damit generierten Einkünfte präzise zu ermitteln. Auf der Grundlage des durch das Erbschaftsinventar bekannten Vermögensstandes muss jedoch davon ausgegangen werden, dass die Einkommensverhältnisse der Gesuchstellerin (Erwerbseinkommen und Vermögenserträge) nach dem Erwerb der Erbschaft ausreichen, um dem Gesuchsteller die zur Finanzierung seines Bedarfs benötigten Unterhaltsbeiträge zu erbringen. Einen den Notbedarf übersteigenden Betrag macht der Gesuchsteller ja nicht geltend. Sollte dies wider Erwarten nicht der Fall sein, so wäre es der Gesuchstellerin angesichts der dann vorliegenden besonderen Konstellation, dass trotz einer beachtlichen Vermögenssubstanz von mindestens mehreren Millionen Franken nur ein aussergewöhnlich tiefer Vermögensertrag erzielt werden würde, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Scheidungsprozesses zuzumuten, einen allfälligen Fehlbetrag zur Leistung der Unterhaltsbeiträge von einigen Hundert Franken pro Monat aus ihrem Vermögen zu entnehmen. Das Vermögen ist in seiner Substanz zwar nur zurückhaltend zur Deckung von

Unterhaltsansprüchen heranzuziehen (vgl. Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz. 05.66). Für die Zumutbarkeit einer Anzehrung der Vermögenssubstanz spricht jedoch neben der mutmasslichen Grösse des Vermögens der Gesuchstellerin auch die absehbar begrenzte Dauer der Unterhaltsverpflichtung sowie der Umstand, dass der Grundbedarf des Gesuchstellers auf einem eher tiefen Niveau festgesetzt wurde.

E. 9

Nach den vorstehenden Erwägungen ist die Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin zur Bezahlung der gemäss der vorangegangenen Bedarfsrechnung dem Gesuchsteller zustehenden Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 775.– ab Anfall der Erbschaft am 3. Januar 2012 zu bejahen. Auf die weiteren darauf bezogenen Ausführungen des Gesuchstellers und die damit verbundenen Beweisantretungen (vgl. Urk. 38 S. 2 ff.) einzugehen, erübrigt sich bei diesem Ergebnis. Folglich ist

- 27 - die das Massnahmebegehren des Gesuchstellers hinsichtlich des ehelichen Unterhalts abweisende Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 5. Oktober 2010 in teilweiser Gutheissung des Rekurses des Gesuchstellers dahin abzuändern, dass die Gesuchstellerin dem Gesuchsteller ab 3. Januar 2012 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 775.– zu bezahlen hat. Im Mehrumfang sind das Begehren des Gesuchstellers um Zusprechung ehelicher Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsprozesses und der auf vollständige Gutheissung desselben lautende Rekurs abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist. B. Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens Mit seinem Rekurs wendet sich der Gesuchsteller auch gegen die vorinstanzliche Regelung der Entschädigungsfolgen für das vorsorgliche Massnahmeverfahren. Laut Verfügungsdispositiv sprach die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid keine Prozessentschädigungen zu (Urk. 3 S. 20 Dispositiv-Ziffer 5). Nach Auffassung des Gesuchstellers hätte die Vorinstanz die Verlegung von Entschädigungen dem Endentscheid vorbehalten sollen (Urk. 2 S. 2 f. Rekursantrag Ziffer 2). Die Durchsicht der angefochtenen Verfügung zeigt, dass das Dispositiv in Bezug auf die Entschädigungsregelung des Massnahmeverfahrens nicht mit den Entscheidungsgründen übereinstimmt, führte die Vorinstanz doch dort aus, die Kosten- und Entschädigungsfolgen seien im Endentscheid zu regeln (Urk. 3 S. 19). In der von der Vorinstanz zu diesem Punkt erstatteten Vernehmlassung wird festgehalten, dass im Entscheidungszeitpunkt für das vorsorgliche Massnahmeverfahren keine Prozessentschädigungen zugesprochen, sondern diese - wie in den Erwägungen ausgeführt worden sei - erst mit dem Endentscheid festgelegt werden sollten (Urk. 17 S. 2). Gleichwohl hat die Vorinstanz dem Wortlaut des Dispositivs nach abschliessend über die Entschädigungsfolgen befunden. Die Formulierung der Vorinstanz bedeutet nämlich, dass in einem späteren Zeitpunkt nicht mehr auf die Entschädigungsfolgen des Massnahmeverfahrens zurückgekommen werden kann. Im Widerspruch zu den mitgeteilten Intentionen hat sich die Vorinstanz dadurch gerade der Möglichkeit begeben, die Entschädigungsre-

- 28 - gelung für das Massnahmeverfahren im Rahmen des Endentscheides vorzunehmen. Die Vorinstanz hat mithin nicht das angeordnet, was sie eigentlich anordnen wollte. Dies führt in dieser Hinsicht zur Gutheissung des Rekurses des Gesuchstellers und zur Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 5. Oktober 2010. Die Regelung der Entschädigungsfolgen ist dem Endentscheid vorzubehalten. Ob - wie der Gesuchsteller zu

Bedenken gibt (Urk. 20 S. 2) - die Vorinstanz im unter- dessen ergangenen Scheidungsurteil vom 15. Dezember 2010 den Ausgang des Massnahmeverfahrens bei der Verlegung der Entschädigungen für den Schei- dungsprozess beachtet hat, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Rekursverfah- rens und braucht nicht weiter erörtert zu werden. Nachdem das Scheidungsurteil mit rechtskräftigem Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. No- vember 2011 auch in Bezug auf die Verlegung von Kosten und Entschädigungen aufgehoben und die Sache an das Bezirksgericht Meilen zurückgewiesen wurde (vgl. Geschäfts-Nr. LC110003 Urk. 208), steht es der Vorinstanz ohnehin frei, be- züglich dieser Beanstandung des Gesuchstellers eine neue Entscheidung zu tref- fen. IV. Abschliessend sind nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen die Kos- ten- und Entschädigungsfolgen für das Rekursverfahren zu regeln. Der Gesuch- steller hat mit seinem Rekurs die Festlegung von Unterhaltsbeiträgen von monat- lich Fr. 4'186.45 für die Zeit vom 1. Juni 2010 bis Ende Juli 2010 und von Fr. 2'000.– pro Monat ab August 2010 bis zu seiner Aussteuerung durch die Ar- beitslosenkasse sowie von wiederum Fr. 4'186.45 pro Monat ab dann bis zur Be- endigung des Scheidungsprozesses verlangt. Mit dem vorliegenden Rekursent- scheid werden dem Gesuchsteller ab 3. Januar 2012 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 775.– je Monat zu- gesprochen. Wird von einer weiteren Dauer des nach erfolgter Rückweisung durch das Obergericht des Kantons Zürichs erneut beim Bezirksgericht Meilen hängigen Scheidungsprozesses von rund einem Jahr ausgegangen, obsiegt der

- 29 - Gesuchsteller in der Unterhaltsfrage zu weniger als 15 %. Die Gutheissung des Rekurses hinsichtlich der Entschädigungsregelung für das vorinstanzliche Mass- nahmeverfahren ist von eher untergeordneter Bedeutung und fällt bei der Festle- gung des Obsiegens und Unterliegens nur marginal ins Gewicht. Insgesamt recht- fertigt es sich, die Kosten des Rekursverfahrens zu 17/20 dem Gesuchsteller und zu 3/20 der Gesuchstellerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Der überwiegend kostenpflichtig erklärte Gesuchsteller ist zudem zu verpflichten, der anwaltlich ver- tretenen Gesuchstellerin eine auf sieben Zehntel reduzierte Prozessentschädi- gung von Fr. 2'450.– zuzüglich Fr. 186.20 (7,6 % Mehrwertsteuer), entsprechend total Fr. 2'636.20, zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Es wird beschlossen:

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