

**ZSU.2021.199**  
(SF.2021.14)  
Art. 9

**Entscheid vom 14. Februar 2022**

**Besetzung**      Oberrichter Brunner, Präsident  
                     Oberrichter Lindner  
                     Ersatzrichter Schneuwly  
                     Gerichtsschreiber Hess

**Klägerin**      **A.**\_\_\_\_\_,  
                     [...]   
                     vertreten durch lic. iur. Jean-Luc Rioult, Rechtsanwalt,  
                     Universitätsstrasse 69, 8006 Zürich  
                     substituiert durch MLaw Sereina Oetiker, c/o Rioult & Partner,  
                     Universitätsstrasse 69, 8006 Zürich

**Beklagter**      **B.**\_\_\_\_\_,  
                     [...]   
                     vertreten durch lic. iur. Christine Nowack, Rechtsanwältin,  
                     Limmatquai 52, Postfach, 8024 Zürich

**Gegenstand**      Summarisches Verfahren betreffend Aufhebung des gemeinsamen  
                                 Haushaltes

---

## **Das Obergericht entnimmt den Akten:**

### **1.**

#### **1.1.**

Am 21. Januar 2021 ersuchte die Klägerin das Gerichtspräsidium Baden um die Regelung des Getrenntlebens. Sie beantragte u.a., der Beklagte sei zu verpflichten, für sie persönlich rückwirkend per 1. Oktober 2020 einen angemessenen ehelichen Unterhalt von mindestens Fr. 1.00 pro Monat zu bezahlen, und die Klägerin sei zu berechtigen, den Personenwagen L. für die Dauer des Getrenntlebens allein zu benützen. Zudem sei der Beklagte zu verpflichten, ihr für die Gerichts- und Anwaltskosten des vorliegenden Eheschutzverfahrens einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 10'000.00 zu bezahlen.

#### **1.2.**

Mit Klageantwort vom 15. Februar 2021 beantragte der Beklagte u.a., er sei zu verpflichten, der Klägerin ab dem 1. Februar 2021 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 225.00 zu bezahlen. Die bereits geleisteten Zahlungen im Betrag von Fr. 17'046.00 seien an diese Unterhaltsbeiträge anzurechnen. Der Beklagte sei für die Dauer des Getrenntlebens zu berechtigen, den Personenwagen L. zu benützen, und die Klägerin den Personenwagen M.. Der Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses sei abzuweisen.

#### **1.3.**

Es erfolgten weitere Eingaben der Klägerin am 3. und 25. März 2021 sowie der Beklagten am 29. März 2021.

#### **1.4.**

Am 1. Juli 2021 fand vor dem Gerichtspräsidium Baden die Verhandlung statt. Die Klägerin bezifferte ihren Unterhaltsanspruch auf Fr. 2'850.00 rückwirkend per 19. Dezember 2020 und hielt im Übrigen an ihren Anträgen fest. Der Beklagte hielt an seinen Anträgen fest. Die Parteien wurden befragt.

#### **1.5.**

Am 9. August 2021 erkannte das Gerichtspräsidium Baden insbesondere (unter Berücksichtigung der am 25. August 2021 erfolgten Berichtigung):

##### **"1.**

###### **1.1.**

Es wird richterlich festgestellt, dass die Parteien gestützt auf Art. 175 ZGB zum Getrenntleben auf unbestimmte Zeit berechtigt sind.

###### **1.2.**

Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit 19. Dezember 2020 getrennt leben.

[...]

4.

4.1.

Der Personenwagen L.) wird für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes dem Gesuchgegner zur alleinigen Benützung zugewiesen. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchgegner nach vorgängiger Absprache sämtliche in ihrem Besitz befindlichen Autoschlüssel für dieses Fahrzeug innert einer Frist von 30 Tagen zu übergeben.

4.2.

Der Personenwagen M.) wird für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes der Gesuchstellerin zur alleinigen Benützung zugewiesen. Der Gesuchgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin nach vorgängiger Absprache sämtliche in seinem Besitz befindlichen Autoschlüssel für dieses Fahrzeug innert einer Frist von 30 Tagen zu übergeben.

5.

5.1.

Der Gesuchgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an ihren persönlichen Unterhalt monatlich vorschüssig folgende Unterhaltsbeiträge rückwirkend per 19. Dezember 2020 zu bezahlen:

Fr. 1'083.00	bis und mit 31. Januar 2021
Fr. 2'270.00	ab 1. Februar 2021 bis und mit 31. Juli 2022
Fr. 225.00	ab 1. August 2022

5.2.

Die Unterhaltsberechnung stützt sich auf folgende Grundlagen:

ab 19. Dezember 2020 bis und mit 31. Januar 2021:

- monatliches Nettoeinkommen Gesuchstellerin  
(inkl. Anteil 13. Monatslohn, exkl. Familienzulagen): Fr. 730.00
- monatliches Nettoeinkommen Gesuchgegner  
(inkl. Anteil 13. Monatslohn, exkl. Familienzulagen): Fr. 8'965.00

ab 1. Februar 2021 bis 31. Juli 2022:

- monatliches Nettoeinkommen Gesuchstellerin  
(inkl. Anteil 13. Monatslohn, exkl. Familienzulagen): Fr. 1'623.00
- monatliches Nettoeinkommen Gesuchgegner  
(inkl. Anteil 13. Monatslohn, exkl. Familienzulagen): Fr. 8'965.00

ab 1. August 2022:

- monatliches hypothetisches Nettoeinkommen  
Gesuchstellerin (inkl. Anteil 13. Monatslohn): Fr. 3'888.00
- monatliches Nettoeinkommen Gesuchgegner  
(inkl. Anteil 13. Monatslohn, exkl. Familienzulagen): Fr. 8'965.00

5.3.

Es wird festgestellt, dass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin an ihren persönlichen Unterhalt bisher einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 13'700.80 bezahlt hat. Der Gesuchsgegner wird berechtigt erklärt, diesen Betrag von den rückwirkend zu leistenden Unterhaltsbeiträgen in Abzug zu bringen.

[...]

8.  
Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss in Höhe von Fr. 6'000.00 zu bezahlen."

**2.**

**2.1.**

Gegen den ihr am 23. August 2021 zugestellten Entscheid erhob die Klägerin am 2. September 2021 fristgerecht Berufung mit folgenden Anträgen:

"1.

In Abänderung von Disp. Ziff. 4.1. des Entscheids der Vorinstanz (S. 41) sei der Personenwagen L., für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes der Gesuchstellerin zur alleinigen Benützung zuzuweisen.

2.

In Abänderung von Disp. Ziff. 4.2 des Entscheids der Vorinstanz (S. 41) sei der Personenwagen M., für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benützung zuzuweisen.

3.

Gestützt auf Art. 315 Abs. 5 ZPO sei der vorliegenden Berufung mit Bezug auf die Vollstreckung von Disp. Ziff. 4.1 und 4.2 der Vorinstanz (Entscheid S. 41) die aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Vollstreckung bis zur Rechtskraft des Entscheids aufzuschieben.

4.

In Abänderung von Disp. Ziff. 5.1. des Entscheids der Vorinstanz sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin an ihren persönlichen Unterhalt monatlich vorschüssig folgende Unterhaltsbeiträge rückwirkend per 19. Dezember 2020 zu bezahlen.

CHF 2'092.00      bis und mit 31. Januar 2021;

CHF 2'954.00      ab 1. Februar 2021 für die Dauer des Getrenntlebens.

5.

Die Grundlagen der Unterhaltsberechnung laut Disp. Ziff. 5.2. (Entscheid S. 41 bis 42) seien im Sinne des Antrags Ziff. 4 hiavor und dessen nachfolgenden Begründung abzuändern.

6.

In Abänderung von Disp. Ziff. 5.3 des Entscheids der Vorinstanz (Entscheid S. 42) sei festzustellen, dass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin an ihren persönlichen Unterhalt bisher einen Unterhaltsbeitrag von CHF 8'833.15 bezahlt hat; der Gesuchsgegner sei berechtigt zu erklären, diesen Betrag von den rückwirkend zu leistenden Unterhaltsbeiträgen in Abzug zu bringen.

7.

In Abänderung von Disp. Ziff. 8 des Entscheids der Vorinstanz (Entscheid S. 42) sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss in Höhe von CHF 7'200.00 zu bezahlen.

8.

Die Gerichtskosten für das vorliegende Berufungsverfahren seien dem Kläger und Berufungsbeklagten aufzuerlegen, und dieser sei zur Bezahlung einer angemessenen Parteientschädigung (zuzügl. 7,7% MWSt.) an die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin zu verpflichten."

Zudem stellte die Klägerin folgende prozessualen Anträge:

"1.

Der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin einen Beitrag an ihre Gerichts- und Anwaltskosten für das vorliegende Verfahren von einstweilen CHF 5'000.00 zu bezahlen, zahlbar mit Vollstreckbarkeit der gerichtlichen Verfügung über das vorliegende Rechtsbegehren.

2.

Für den Fall einer Abweisung ihres Antrags sei der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin für das hängige Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu ernennen.

3.

Von der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin sei kein Prozesskostenvorschuss zu beziehen."

## **2.2.**

Mit Berufungsantwort vom 20. September 2021 beantragte der Beklagte die Abweisung der Berufung sowie der klägerischen Prozessbegehren unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

## **2.3.**

Mit Eingaben vom 22. September 2021 (Beklagter) und 24. September 2021 (Klägerin) reichten die Parteien je eine weitere Beilage ein.

## **2.4.**

Mit Verfügung vom 28. September 2021 wies der Instruktionsrichter den Antrag auf aufschiebende Wirkung ab.

## **2.5.**

Am 28. Oktober 2021 (Klägerin) und 12. November 2021 (Beklagter) reichten die Parteien je eine weitere Eingabe ein.

---

## **Das Obergericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

#### **1.1.**

Gegen den angefochtenen Entscheid ist die Berufung das zulässige Rechtsmittel (Art. 308 ZPO). Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Das Obergericht kann ohne Verhandlung aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

#### **1.2.**

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung zu begründen. In seinen Ausführungen hat sich der Berufungskläger mit der Begründung im erstinstanzlichen Entscheid im Einzelnen und sachbezogen auseinanderzusetzen (REETZ/THEILER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO-Komm.], 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 36 zu Art. 311 ZPO). Es ist anzugeben, inwiefern der angefochtene Entscheid unzutreffend sein soll (BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Der Berufungsbeklagte kann in der Berufungsantwort zur Berufung Stellung nehmen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Ihm ist zudem, auch wenn keine Anschlussberufung erhoben wird (oder eine solche wie im summarischen Verfahren unzulässig ist (Art. 314 Abs. 2 ZPO)), erlaubt, Kritik an den Erwägungen der Vorinstanz zu üben. Entsprechend kann der vor der ersten Instanz obsiegende Berufungsbeklagte sämtliche Berufungsgründe tatsächlicher und rechtlicher Natur in der Berufungsantwort geltend machen, um allfällige Fehler des erstinstanzlichen Entscheids zu rügen, welche ihm im Falle einer abweichenden Beurteilung der Sache durch die Berufungsinstanz nachteilig sein könnten (REETZ/THEILER, a.a.O., N. 12 zu Art. 312 ZPO). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen. Die Rechtsmittelinstanz ist sodann nicht gehalten, von sich aus alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Das Obergericht beschränkt sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung bzw. Anschlussberufung und der Antwort auf diese gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

#### **1.3.**

Im vorliegenden Verfahren, in welchem keine Kinderbelange im Streit liegen, gilt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime (BGE 5A\_645/2016 E. 3.2.3). Sie befreit die Parteien weder von ihrer Behauptungs- und Sub-

stantiierungslast noch von ihrer Mitwirkungspflicht, d.h. es liegt auch in diesem Fall an ihnen, die erforderlichen tatsächlichen Grundlagen für die geltend gemachten Ansprüche darzutun und die Beweise für die vorgebrachten Tatsachen vorzulegen resp. zu beantragen (BGE 128 III 411 E. 3.2.1; BGE 5A\_485/2012 E. 5). Verweigert eine Partei die Mitwirkung, kann sich dies zu ihrem Nachteil auswirken. Bleiben prozessrelevante Tatsachen beweislos, ist nach den allgemeinen Regeln der Beweislast zu entscheiden, d.h. es unterliegt diejenige Partei welche die Beweislast trägt (vgl. GEHRI, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2017 [BSK ZPO], N. 17 zu Art. 55 ZPO).

#### **1.4.**

Unter der Geltung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime dürfen neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO; BGE 138 III 625 E. 2.2). Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 415 E. 2.2.2). Es ist unzulässig, durch ein "neues Beweismittel" eine Tatsache ins Verfahren einzubringen, die bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt schon vor der ersten Instanz hätte vorgebracht werden können (vgl. REETZ/HILBER, ZPO-Komm., a.a.O., N. 39 zu Art. 317 ZPO). Wer Neuerungen geltend macht, hat die Gründe detailliert darzulegen, weshalb die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnte (BGE 143 III 43 E. 4.1). Echte Noven, die im Rechtsmittelverfahren insbesondere dadurch charakterisiert sind, dass sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind und so in erster Instanz begriffsgemäss nicht geltend gemacht werden konnten, können innerhalb der Rechtsmittelfrist ohne Beachtung eines Zeitrahmens vorgebracht werden, nach Ablauf der Rechtsmittelfrist sind sie "ohne Verzug" vorzubringen (BGE 5A\_568/2012 E. 4). Zulässige Noven (Sachvorbringen, Bestreitungen, Beweismittel) dürfen neu bestritten und mit neuen Beweismitteln pariert werden (REETZ/HILBER, ZPO-Komm., a.a.O., N. 31 [ii] und [iv] zu Art. 317 ZPO). Werden (zulässige) Neuerungen von der Gegenpartei nicht bestritten, kann das Gericht darauf abstellen (BGE 4A\_747/2012 E. 3.3).

## **2.**

### **2.1.**

Die Klägerin beantragt die umgekehrte Zuteilung der Autos der Ehegatten, als sie die Vorinstanz vorgenommen hat; der L. sei ihr und der M. dem Beklagten zuzuteilen (Berufungsanträge Ziff. 1. und 2.).

## **2.2.**

Die Vorinstanz hat zur Zuweisung des L. an den Beklagten und des M. an die Klägerin im Wesentlichen ausgeführt, beide benötigten das grössere (und neuere) Auto, den L., für private Transporte. Für den Beklagten habe das Auto hinsichtlich der Arbeitswegkosten Kompetenzcharakter, während die Klägerin auch den ÖV benutzen könne. Deswegen und weil bei einer Zuweisung des L. an den Beklagten auch die beiden Söhne davon profitieren könnten, sei dieser dem Beklagten zur alleinigen Benützung zuzuweisen (E. 6.3.3. des angefochtenen Entscheids).

## **2.3.**

Die Klägerin macht dazu mit der Berufung im Wesentlichen geltend, allfällige Transporte der mündigen Söhne könnten ebenso mit dem M. vorgenommen werden und deren Nutzungsbedürfnisse hätten hinter die Bedürfnisse der Eltern zurückzutreten. Der Kompetenzcharakter des Autos sei nur für die Berücksichtigung der Arbeitswegkosten im Existenzminimum, aber nicht für die Zuteilung der Autos massgeblich. Der M. sei mindestens 14-jährig, könne im Winter kaum genutzt werden und könnte gemäss der Darstellung beider Parteien jederzeit unbenutzbar werden. Im Gegensatz zum Beklagten könne die Klägerin kein Ersatzfahrzeug für den M. finanzieren, weshalb die vorinstanzliche Zuteilung der Fahrzeuge die Leistungsfähigkeit der Parteien verletze. Der L. sei auf den Namen der Klägerin als Halterin eingelöst, während der M. auf den Namen des Beklagten als Halter laute. Sachenrechtlich bedeute dies, dass die Klägerin am L. zumindest Besitz und allenfalls auch Eigentum erworben habe, während der M. im Besitz des Klägers stehe. Im Hinblick auf die anstehende güterrechtliche Auseinandersetzung der Parteien sei bei dieser Ausgangslage von der (widerlegbaren) Annahme auszugehen, dass der L. zur Errungenschaft der Klägerin und der M. zur Errungenschaft des Beklagten zu zählen sei. Mit ihrem Entscheid auf Umteilung der Fahrzeuge greife die Vorinstanz in unzulässiger Weise der güterrechtlichen Auseinandersetzung vor (Berufung N. 13 ff.).

## **2.4.**

Der Beklagte entgegnet dem, es sei nicht entscheidend, wem das Eigentum an den Autos zukomme und welcher Gütermasse diese im Scheidungsverfahren dereinst zuzurechnen seien. Die beiden Söhne seien noch in Erstausbildung und benutzten den L. regelmässig, was die Vorinstanz zu Recht berücksichtigt habe. Die Klägerin sei nötigenfalls ohne Weiteres in der Lage, sich als Ersatzfahrzeug für den M. ein Occasionsfahrzeug anzuschaffen. Aus dem Kompetenzcharakter des Fahrzeugs für den Beklagten folge, dass dieser auf ein in jeder Hinsicht und bei sämtlichen Witterungsverhältnissen fahrtüchtiges Fahrzeug angewiesen sei (Berufungsantwort N. 12).



## **2.5.**

Gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB regelt das Eheschutzgericht auf Begehren eines Ehegatten die Benützung des Hausrates. Dazu zählen auch Autos im Besitz der Ehegatten. Bei der Zuteilung spielen in erster Linie Erwägungen der Zweckmässigkeit eine Rolle und kommt es nicht darauf an, welcher Ehegatte Eigentümer des konkreten Gegenstandes ist oder sonst daran ein Recht besitzt (BGE 114 II 18 E. 4).

## **2.6.**

Im Berufungsverfahren ist nicht mehr strittig, dass der Beklagte für seinen Arbeitsweg auf ein Auto angewiesen ist, die Klägerin hingegen für ihren Arbeitsweg auch die öffentlichen Verkehrsmittel nutzen kann. Wenn die Klägerin ausführt, der M. sei im Winter kaum benutzbar und könne jederzeit ganz ausfallen (vgl. dazu auch die Parteiaussage, Protokoll S. 20, act. 105, Rückseite), spricht dies deshalb für eine Zuweisung des Fahrzeuges an den Beklagten. Da die Klägerin für ihren Arbeitsweg nicht auf ein Auto angewiesen ist, ist es auch unerheblich, ob sie sich bei einem Ausfall des M. ein Ersatzfahrzeug leisten könnte, denn sie könnte stattdessen den öffentlichen Verkehr nutzen. Nicht massgeblich sind nach der Rechtsprechung wie ausgeführt die Eigentumsverhältnisse an den Fahrzeugen und es ist nicht ersichtlich, inwiefern die vorläufige Zuweisung der Fahrzeuge für die Dauer des Getrenntlebens die güterrechtliche Auseinandersetzung vorwegnähme. Die Zuweisung des L. an den Beklagten ist damit nicht zu beanstanden und die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen.

## **3.**

### **3.1.**

Die Vorinstanz hat den ehelichen Unterhaltsbeitrag in drei Phasen bestimmt, wobei die erste Phase vom 19. Dezember 2020 (Trennung der Parteien) bis Ende Januar 2021 (Bezug eigene Wohnung durch die Klägerin) definiert wurde, die zweite Phase daran anschliessend bis Ende Juli 2022 dauern soll und die dritte Phase entsprechend ab 1. August 2022 (Anrechnung eines Einkommens der Klägerin basierend auf einer Vollzeitanstellung) vorgesehen ist. Nicht mehr umstritten im Berufungsverfahren ist der Beginn der Unterhaltsverpflichtung ab dem Trennungszeitpunkt. Mit der Berufung rügt die Klägerin zum Ersten die Feststellung der Vorinstanz, sie habe auf eine Beteiligung am Überschuss des Beklagten mit Rücksicht auf den von ihm geleisteten Volljährigenunterhalt für die beiden Söhne verzichtet, zum Zweiten den ihr im Bedarf angerechneten Grundbetrag in Phase 1 und zum Dritten die ihr auferlegte Erzielung eines gesteigerten (sog. hypothetischen) Einkommens in Phase 3. Nicht gerügt sind die anderen Parameter der Unterhaltsberechnung, insbesondere das von der Vorinstanz festgestellte Einkommen des Beklagten in allen drei Phasen.

### **3.2.**

#### **3.2.1.**

Im angefochtenen Urteil wird ausgeführt, die Klägerin habe als Unterhaltsbeitrag lediglich ihr Existenzminimum geltend gemacht und auf eine Überschussverteilung verzichtet (angefochtenes Urteil E. 7.3.2. S. 22, E. 7.3.3. S. 26; E. 7.3.4. S. 31).

#### **3.2.2.**

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist im gesamten Unterhaltsrecht, insbesondere auch für die Bestimmung des ehelichen Unterhalts, grundsätzlich nur noch die zweistufige Methode mit Überschussverteilung zulässig (BGE 147 III 301 E. 4.3.).

Bei dieser Methode ist vorab dem oder den Unterhaltsverpflichteten stets das eigene betriebsrechtliche Existenzminimum zu belassen. Aus den weiteren Mitteln ist - jeweils berechnet auf der Basis des betriebsrechtlichen Existenzminimums - der Barunterhalt der minderjährigen Kinder, im Anschluss daran der Betreuungsunterhalt und sodann allfälliger (nach-)ehelicher Unterhalt zu decken. Erst wenn das betriebsrechtliche Existenzminimum aller Berechtigten gedeckt ist, kann es darum gehen, verbleibende Ressourcen in eine erweiterte Bedarfsrechnung aufzunehmen und auf das - entsprechend dem dynamischen Begriff des gebührenden Unterhalts je nach finanziellen Verhältnissen enger oder weiter bemessene - familienrechtliche Existenzminimum aufzustocken, wobei die verschiedenen Unterkategorien in der genannten Reihenfolge (Barunterhalt, Betreuungsunterhalt, ehelicher oder nachehelicher Unterhalt) aufzufüllen sind und etappenweise vorzugehen ist, indem z.B. in einem ersten Schritt allseits die Steuern berücksichtigt werden und dann auf beiden Seiten eine Kommunikations- und Versicherungspauschale eingesetzt wird etc. Soweit das den Umständen angemessene familienrechtliche Existenzminimum der Elternteile und der minderjährigen Kinder gedeckt ist, haben die Eltern aus verbleibenden Mitteln den Volljährigenunterhalt zu bestreiten. Ein danach resultierender Überschuss ist ermessensweise auf die daran Berechtigten zu verteilen. Dabei gilt die Grundregel, dass den Ehegatten ein gleich hoher Anteil am Überschuss zukommt. Ein auf die übrigen Familienmitglieder aufzuteilender Überschuss kann erst entstehen, wenn die Verpflichtung zur Leistung von Volljährigenunterhalt erfüllt ist (BGE 147 III 265 E. 7.3.). Dieser ist jedoch maximal auf das familienrechtliche Existenzminimum (einschliesslich der Ausbildungskosten) begrenzt (BGE 147 III 265 E. 7.2.).

#### **3.2.3.**

Vorliegend sind keine unmündigen Kinder vorhanden und es ist unumstritten, dass sich aus den Einkommen der Parteien deren familienrechtlichen Existenzminimum decken lässt und danach noch weitere Mittel verbleiben.

Die Vorinstanz geht mit dem angefochtenen Urteil davon aus, dass die Klägerin pauschal auf einen allfälligen ihr zustehenden Überschussanteil verzichtet hat, was von dieser mit ihrer Berufung bestritten wird (Berufung N. 21). Die Vorinstanz verweist für ihren diesbezüglichen Schluss auf S. 11 der Klage (act. 11) und auf S. 30 des Verhandlungsprotokolls (act. 110 Rückseite). An jener Stelle der Klageschrift (act. 11) stellt die Klägerin jedoch einzig Behauptungen zu ihrem Notbedarf auf, ohne in Bezug auf die Unterhaltsberechnung einen Verzicht auf ihren Überschussanteil zu erklären. Zum Einkommen und dem Existenzminimum des Beklagten vermochte sie zu jenem Zeitpunkt gar keine Stellung zu nehmen, da ihr die erforderlichen Unterlagen dazu fehlten (vgl. Klage N. 20 und 36, sowie den noch unbzw. mit einem symbolischen Franken bezifferten Klageantrag Ziff. 3). Zur Verteilung eines allfälligen Überschusses bzw. eines allfälligen Verzichts darauf lassen sich der Klageschrift weder allgemeine noch konkrete Ausführungen entnehmen. Sodann bezifferte die Klägerin im Schlussvortrag der vorinstanzlichen Verhandlung sowohl den beantragten Unterhaltsbeitrag als auch ihren ungedeckten (d.h. nicht durch eigenes Einkommen gedeckten) Bedarf auf Fr. 2'850.00. Im Übrigen berechnete sie einen Überschuss des Beklagten von Fr. 2'745.00 und führte aus, diesen Überschuss könne der Beklagte zur Unterstützung eines oder beider Söhne verwenden (act. 110 Rückseite).

Ein Verzicht der Klägerin auf ihren Überschussanteil liegt nicht in ihrem objektiven Interesse und ist daher nicht leichtfertig anzunehmen. Eine explizite Erklärung eines solchen Verzichts liegt nicht vor. Die Ausführungen der Klägerin in ihrem Schlussvortrag vor Vorinstanz können zwar so verstanden werden, dass sie für den Fall, dass ihr ungedeckter Bedarf wie von ihr dargelegt 2'850.00 beträgt, auf darüberhinausgehende Unterhaltszahlungen verzichtet und den Überschuss dem Beklagten zur Deckung des Unterhalts von ihm und den volljährigen Söhnen überlässt. Daraus lässt sich aber nicht schliessen, dass sie, auch wenn ihr kein ungedeckter Bedarf von Fr. 2'850.00 attestiert wird, auf ihren Überschussanteil verzichtet. Ohne explizite Verzichtserklärung ist davon auszugehen, dass sie einen ehelichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'850.00 vom Beklagten verlangt und zwar unabhängig davon, aus welchen rechnerischen Komponenten sich dieser zusammensetzt.

### **3.2.4.**

Anders als im vorinstanzlichen Entscheid ist daher zu ermitteln, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe ein Überschuss vorliegt. Zu diesem Zweck ist auch zu beantworten, ob und in welcher Höhe die beiden volljährigen Söhne gegenüber dem Beklagten unterhaltsberechtig sind und er auch tatsächlich für deren Unterhalt aufkommt.

Der Beklagte hat vor Vorinstanz das (familienrechtliche) Existenzminimum von C. auf Fr. 2'138.00 und dasjenige von D. auf Fr. 2'127.00 beziffert

(Klageantwort N. 20, act. 41). Die Klägerin hat dazu an der vorinstanzlichen Verhandlung ausgeführt, C. lebe bei seiner Freundin und finanziere sich selbst (Protokoll S. 5, act. 98, und S. 30, act. 110, Rückseite). Mit der Berufung (N. 27) anerkennt die Klägerin allerdings Unterhaltszahlungen des Beklagten an die beiden Kinder von je Fr. 1'500.00, abzüglich Ausbildungszulagen von je Fr. 250.00. Der Beklagte hat anlässlich der Parteibefragung vor Vorinstanz eingestanden, dass der ältere Sohn C. "mehrheitlich" bei dessen Freundin sei und dort seinen Lebensmittelpunkt habe. Er zahle für ihn die Krankenkasse und die ganzen Studiengebühren inkl. Lehrmittel (Protokoll S. 14, act. 102 Rückseite). Die Krankenkassenkosten betragen für C. gemäss den Angaben des Beklagten (Klageantwort S. 7, act. 41) monatlich Fr. 388.00 (Fr. 294.00 KVG und Fr. 94.00 VVG) und die Ausbildungskosten Fr. 127.00, insgesamt ausmachend Fr. 515.00. Da die Klägerin jedoch Kosten von Fr. 1'500.00 für C. anerkennt, sind sie dem Beklagten in dieser Höhe anzurechnen. Was den jüngeren Sohn D. anbelangt, hat der Beklagte ausgesagt, sämtliche Kosten zu tragen (Protokoll S. 14, act. 102 Rückseite), was von der Klägerin ebenso wenig bestritten wird, wie die vom Beklagten geltend gemachten Kostenposten für den Unterhalt von D. im Gesamtumfang von Fr. 2'127.00 (Klageantwort S. 7, act. 41). In diesem Betrag sind indes auch Fr. 100.00 für "Hobbies/Freizeit" enthalten. Diese Kosten zählen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 147 III 265 E. 7.2.) nicht zum familienrechtlichen Existenzminimum und werden demzufolge nicht vom Anspruch auf Volljährigenunterhalt erfasst (vgl. dazu oben E. 3.2.2). Entsprechende Zahlungen des Beklagten an D. erfolgen auf freiwilliger Basis und sind bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts nicht zu berücksichtigen.

Im Ergebnis sind bei der Berechnung des Überschusses Zahlungen des Beklagten an den Volljährigenunterhalt der gemeinsamen Söhne von Fr. 1'250.00 für C. (Fr. 1'500.00 ./. Fr. 250.00 Ausbildungszulagen) und von Fr. 1'777.00 für D. (Fr. 2'127.00 ./. Fr. 100.00 "Hobbies/Freizeit" ./. Fr. 250.00 Ausbildungszulagen) zu berücksichtigen.

### **3.3.**

#### **3.3.1.**

Für die erste Phase vom 19. Dezember 2020 bis 31. Januar 2021 ging die Vorinstanz von einem klägerischen Existenzminimum (inkl. Steuern) von Fr. 1'813.00 aus, wobei sie als Grundbetrag Fr. 850.00 einsetzte. Zur Begründung führte sie aus, die Klägerin habe in dieser Phase bei ihrem damaligen Freund gelebt, weshalb der hälftige Grundbetrag für zwei Personen in dauernder Hausgemeinschaft einzusetzen sei (angefochtener Entscheid E. 7.3.2, S. 15 und 17).

### **3.3.2.**

Die Klägerin rügt mit ihrer Berufung diesbezüglich, die erste Phase, in der sie bei ihrem damaligen Freund gewohnt habe, habe lediglich 6 Wochen gedauert. Praktisch zeitgleich mit dem Bezug ihrer eigenen Wohnung per 1. Februar 2021 habe auch die Beziehung zu ihrem Freund geendet. Unter diesen Umständen könne nicht von einer dauernden Hausgemeinschaft die Rede sein. Ihr sei in dieser Phase ein Grundbetrag von Fr. 1'100.00 (für eine erwachsene, in einer Hausgemeinschaft lebende Person) zuzubilligen (Berufung N. 26 f.).

### **3.3.3.**

Der Beklagte bringt dazu vor, die Klägerin habe während der ersten Phase mit ihrem damaligen Freund in einer Liebesbeziehung gelebt. Die gegenseitige Unterstützung in einer solchen Beziehung umfasse weit mehr als dies in einer Wohngemeinschaft (Haushaltsgemeinschaft mit einer erwachsenen Person) der Fall sei. Es sei davon auszugehen, dass die Klägerin von den Synergien, die sich aus einer eheähnlichen Beziehung ergäben, profitiert habe und so ihre Kosten für die aus dem Grundbetrag zu deckenden Güter des täglichen Bedarfs habe senken können. Weiter sei davon auszugehen, dass ihr Freund für die gesamten Kommunikations-/Internet-/Serafekosten, welche im Grundbetrag enthalten seien, aufgekommen sei, da er dies sowohl vor als auch nach dem Zusammenleben mit der Klägerin getan gehabt habe. Entsprechend sei es gerechtfertigt, den hälftigen Ehegattengrundbetrag zu berücksichtigen (Berufungsantwort N. 28).

### **3.3.4.**

Gemäss den Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (für den Kanton Aargau von der betriebsrechtlichen Aufsichtsbehörde verabschiedete Version; KKS.2005.7) umfasst der Grundbetrag Auslagen für Nahrung, Kleidung, Wäsche, einschliesslich deren Instandhaltung, Körper- und Gesundheitspflege, Unterhalt der Wohnungseinrichtung, Privatversicherungen, Kulturelles sowie Beleuchtung, Kochstrom und/oder Gas etc. und beträgt für einen alleinstehenden Schuldner in Haushaltsgemeinschaft mit erwachsenen Personen Fr. 1'100.00 und für ein Ehepaar oder eine dauernde Hausgemeinschaft bildende erwachsene Personen Fr. 1'700.00.

In wirtschaftlicher Hinsicht entstehen für zwei erwachsene Personen, die in einer Hausgemeinschaft von Dauer leben, für die im Grundbetrag enthaltenen Positionen Kosten, die mit denjenigen eines Ehepaares in Hausgemeinschaft vergleichbar sind. Insoweit erscheint es angebracht, für ein Konkubinatspaar, das eine dauernde Hausgemeinschaft bildet, den gleichen Grundbetrag wie für ein Ehepaar zu nehmen und für den im Konkubinat lebenden Schuldner grundsätzlich den halben Ehegatten-Grundbetrag einzusetzen (BGE 130 III 765 E. 2.4.). Massgebend erscheint dabei entge-

gen der Annahme der Klägerin nicht, wie lange die Hausgemeinschaft rückwirkend tatsächlich gedauert hat, sondern ob sie im betreffenden Zeitraum im Sinne eines Konkubinats aus Dauer angelegt war (vgl. BGE 130 III 765 E. 2.4.). Nach den Angaben der Klägerin endete ihre Beziehung zum damaligen Lebenspartner erst kurz nach ihrem Auszug aus dessen Wohnung, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass das Konkubinat vorher, wenn es auch nur kurz dauerte, auf Dauer angelegt gewesen war. Die Klägerin macht nicht konkret geltend, inwiefern sich die damaligen Lebenskosten von ihr (und ihrem Freund) von jenen eines in Hausgemeinschaft lebenden Ehepaars unterschieden. Es ist damit nicht zu beanstanden, dass ihr die Vorinstanz mit Fr. 850.00 nur den hälftigen Ehegatten- (bzw. Konkubinatspartner-)Grundbetrag angerechnet hat.

### **3.4.**

#### **3.4.1.**

Für die dritte Phase ab 1. August 2022 hat die Vorinstanz der Klägerin ein hypothetisches Einkommen von Fr. 3'888.00 angerechnet. Es sei ihr zumutbar, ein Vollzeitpensum als Nachhilfelehrerin, Lehrerin an einer privaten oder öffentlichen Schule, eine kaufmännische Tätigkeit oder eine Tätigkeit im Detailhandel, namentlich als Kassiererin, aufzunehmen (angefochtener Entscheid E. 7.3.4. S. 26 ff.).

#### **3.4.2.**

Die Klägerin wehrt sich mit der Berufung gegen die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens, die Erzielung eines höheren Einkommens sei ihr nicht zumutbar. Sie sei lediglich zu Beginn der Ehe, bis 2002, erwerbstätig gewesen. Sodann habe sie sich während rund 17 Jahren ausschliesslich um die Betreuung und Erziehung der drei gemeinsamen Kinder der Parteien gekümmert. Von 2010 bis 2012 habe sie beim N. gearbeitet. Erst ab 2019 habe sie eine zeitlich auf maximal ca. 10 Wochenstunden (also knapp 25%) begrenzte Erwerbstätigkeit als Nachhilfelehrerin für Französisch bei Schülern am ehelichen Wohnort S. begonnen. Sie verstehe und spreche Hochdeutsch nicht fehlerfrei, aber nicht Schweizerdeutsch. Es sei ihr unter diesen Umständen nicht zumutbar, innerhalb von lediglich rund 1 ½ Jahren ab Aufnahme des Getrenntlebens ihre Erwerbstätigkeit von 25 % als Nachhilfelehrerin auf 100 % auszudehnen und dabei ihr Einkommen um rund das 6,5-Fache zu erhöhen. Sie leide an einer Depression und sei deshalb in therapeutischer Dauerbehandlung bei einer Psychiaterin und Psychotherapeutin in T.. Zudem sei sie vor zwei Jahren an einem Nierentumor erkrankt und brauche dafür regelmässige Kontrollen. Gemäss den bis zur Verhandlung vom 1. Juli 2021 vorliegenden Arztzeugnissen habe bei der Klägerin lediglich eine Arbeitsfähigkeit von ca. 40 % bestanden. Der auf den ersten Blick bestehende Widerspruch zwischen der gesundheitlich beschränkten Arbeitsfähigkeit der Klägerin und ihren Suchbemühungen teilweise auch um eine Vollzeitstelle erkläre sich mit ihren Existenzängsten. Mittlerweile

habe sich ihr Gesundheitszustand noch verschlechtert und es liege eine Arbeitsunfähigkeit von 70 % vor. Die Klägerin erlebe ihre aktuelle Einkommenssituation und die von der Vorinstanz auf knapp ein Jahr angesetzte Übergangsfrist für den Aufbau einer 100-prozentigen Erwerbstätigkeit als unerhörten Druck, der sie zur Verzweiflung bringe. Dadurch werde ihre Depression verstärkt. Die Mutmassung der Vorinstanz, es sollte der Klägerin bei ernsthaften Anstrengungen möglich sein, eine ihr zumutbare Tätigkeit als Nachhilfelehrerin oder Lehrerin, im kaufmännischen Bereich oder im Detailhandel zu finden, werde durch die bis heute aktenkundig fruchtlosen Suchbemühungen der Gesuchstellerin in genau diesen Tätigkeitsfeldern widerlegt (Berufung N. 30 ff.).

#### **3.4.3.**

Der Beklagte bringt dazu im Wesentlichen vor, der Klägerin sei mit dem Entscheid der Vorinstanz bereits eine unüblich lange Übergangsfrist von 18 Monaten ab Trennung zugebilligt worden. Vor dem Hintergrund, dass der jüngste Sohn bereits knapp drei Jahre vor der Trennung volljährig gewesen sei, die Klägerin somit seit knapp fünf Jahren keine Betreuungsaufgaben mehr wahrzunehmen gehabt habe, sie bereits vor der Trennung einer Teilerwerbstätigkeit als Französischlehrerin nachgegangen und somit im Arbeitsprozess integriert gewesen sei, erscheine die von der Vorinstanz angesetzte Übergangsfrist unangemessen lang. Die Klägerin mache nicht geltend, dass sie eine Ausbildung absolviere und deshalb auf eine längere Übergangsfrist angewiesen sei. Die Klägerin habe nach eigenen Angaben bis anhin keine ausreichenden Suchbemühungen unternommen. Auf Nachfrage der Richterin habe sie erklärt, sie bewerbe sich lediglich ab und zu und beschränke sich darauf, Sprachschulen und normale Schulen anzuschreiben. Von der anlässlich der Hauptverhandlung zugesicherten Nachreichung von angeblichen Stellenbemühungen habe die Klägerin abgesehen. Sie habe nicht rechtsgenügend dargelegt, unter gesundheitlichen Beschwerden zu leiden, die einem Vollzeitpensum entgegenstehen würden, zumal sie selber ausgeführt habe, sich auf Vollzeitstellen zu bewerben. Das im Rahmen dieses Verfahrens neu eingereichte Arbeitsunfähigkeitszeugnis datiere denn auch von rund einem Monat nach der Hauptverhandlung des vorinstanzlichen Verfahrens. Es sei davon auszugehen, dass dabei prozesstaktische Gründe eine Rolle spielten (Beschwerdeantwort N. 32 ff.).

#### **3.4.4.**

Für die Bemessung von Unterhaltsbeiträgen ist grundsätzlich das tatsächlich erzielte Einkommen massgebend. Es kann aber ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 143 III 233 E. 3.2; BGE 137 III 121 E. 2.3; BGE 5A\_476/2013 E. 5.1). Ab dem Zeitpunkt der Scheidung - gemäss Rechtsprechung sogar ab dem Trennungszeitpunkt, wenn keine vernünftige Aussicht auf Wiederaufnahme des Ehelebens mehr besteht - gilt das Primat

der Eigenversorgung und damit grundsätzlich eine Obliegenheit zur (Wieder-)Eingliederung in den Arbeitsprozess. Bei der Eigenversorgungskapazität ist zu prüfen, was unter den konkreten Umständen an eigener Erwerbstätigkeit zumutbar ist, und in tatsächlicher Hinsicht, was sich angesichts der konkreten Verhältnisse bei hinreichenden Anstrengungen effektiv als möglich erweist. Im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit ist zu bemerken, dass der unterhaltsverpflichtete Ehegatte seit jeher zur vollen Ausschöpfung seiner Erwerbskraft angehalten wurde, wenn dies zur Finanzierung von familienrechtlichen Unterhaltsleistungen erforderlich ist, und ihm ein hypothetisches Einkommen aufgerechnet wird, falls er seinen Verpflichtungen ungenügend nachkommt. Angesichts des Vorranges der Eigenversorgung muss der gleiche Massstab für die Eigenversorgungsobliegenheit des potentiell anspruchsberechtigten Teils gelten. Vom Grundsatz, wonach ein Vollzeiterwerb als zumutbar gilt, ist nur abzuweichen, soweit der betreffende Teil gemeinsame Kinder betreut, denn hier bemisst sich die Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit nach Massgabe des Schulstufenmodells (dazu im Einzelnen BGE 144 III 481 E. 4.7.6 - 4.7.8). Bei den tatsächlichen Verhältnissen ist auf das Alter, die körperliche Gesundheit, die sprachlichen Kenntnisse, die bisherigen Tätigkeiten, die bisherigen und die für den Wiedereinstieg zumutbaren Aus- und Weiterbildungen, die persönliche Flexibilität, die Lage auf dem Arbeitsmarkt u.Ä.m., mithin generell auf die konkreten Chancen abzustellen, in einem bestimmten Bereich, welcher nicht zwingend dem früheren Tätigkeitsfeld entsprechen muss, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Im Zentrum stehen mithin auch hier nicht generalisierende Vermutungen, sondern die konkreten Umstände des Einzelfalles. Es dürfen vor dem Hintergrund der Maxime der Eigenversorgung alle zumutbaren Anstrengungen für eine berufliche (Wieder-) Eingliederung verlangt werden und es hat sich ein hypothetisches Einkommen anzurechnen lassen, wer sich diesen verweigert (BGE 147 III 249 E. 3.4.4). Zur Beurteilung, ob insbesondere gesundheitliche Einschränkungen einer Erwerbstätigkeit entgegenstehen, ist das Gericht auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes oder der Ärztin ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die betroffene Person arbeitsunfähig ist (BGE 132 V 99 E. 4, 125 V 261 E. 4). Die bundesgerichtliche Praxis schreibt für die Berücksichtigung eines hypothetischen Einkommens sodann die Einräumung einer Übergangsfrist vor (BGE 129 III 417 E. 2.2), welche nach ständiger Praxis der 5. Zivilkammer des Obergerichts mit der erstmaligen autoritativen (richterlichen) Eröffnung der Umstellungspflicht zu laufen beginnt.

### **3.4.5.**

Die Klägerin war im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils 49-jährig, sie hat keine Betreuungspflichten gegenüber ihren (erwachsenen) Kindern mehr



und sie ist französischer Muttersprache und versteht und spricht hochdeutsch. Im Übrigen hat sie (in einem kleinen, nicht fixen) Teilpensum seit 2019 Nachhilfeunterricht in französischer Sprache gegeben.

Zu den angeblichen gesundheitlichen Einschränkungen der Klägerin finden sich in den erstinstanzlichen Akten keine Belege, insbesondere auch keine einschlägigen Arztberichte. Mit der Berufung hat die Klägerin ein von E. ausgestelltes Arbeitsunfähigkeitszeugnis vom 30. Juli 2021 eingereicht, mit dem ihr eine Arbeitsunfähigkeit von 70 % für die Zeit vom 25. Juli bis am 30. August 2021 attestiert wird. Das Zeugnis enthält weder eine Diagnose noch eine Begründung der Beschränkung der Arbeitsfähigkeit und bezieht sich auf einen nur kurzen Zeitraum, der zudem fast ein Jahr vor der Phase liegt, in welcher der Klägerin gemäss dem angefochtenen Urteil eine Vollerwerbstätigkeit möglich und zumutbar ist. Damit hat die Klägerin keine relevante Einschränkung ihrer Arbeitsfähigkeit glaubhaft gemacht. Es kann unter diesen Umständen offenbleiben, ob es sich bei diesem Arbeitsfähigkeitszeugnis um ein zulässiges Novum handelt, nachdem daraus hervorgeht, dass die Klägerin bereits seit September 2020 bei dieser Ärztin in Behandlung ist und demnach auch vor Vorinstanz bereits ein Arztbericht hätte eingereicht werden können. Am 24. September 2021 hat die Klägerin eine weitere Bestätigung derselben Ärztin vom 18. September 2021 eingereicht. Diese ist als unzulässiges Novum nicht mehr zu berücksichtigen; zwar datiert sie nach der Berufung, es wird darin jedoch ausgeführt, die Klägerin sei seit September 2020 in psychiatrisch-/psychotherapeutischer Behandlung und ihr Gesundheitszustand habe sich nur wenig verbessert. Ein entsprechender Arztbericht hätte somit ohne weiteres auch vor Einreichung der Berufung eingeholt werden können. Im Übrigen wird in diesem Bericht zwar eine volle Arbeitsunfähigkeit bis Ende 2021 prognostiziert, was aber weder substantiiert begründet wird, noch den Zeitraum betrifft, ab welchem der Klägerin ein hypothetisches Einkommen angerechnet wird. Schliesslich hat die Klägerin selber angegeben, dass ihr eine Arbeitstätigkeit Mut und Kraft geben würde und sie sich auch auf Vollzeitstellen bewerbe (Protokoll S. 9, act. 100).

Was die Stellensuchbemühungen der Klägerin anbelangt, hat die Klägerin vor Vorinstanz 20 (vornehmlich per E-Mail erfolgte) Blindbewerbungen an Schulen belegt, die alle zwischen September und November 2020 datieren. Die einzige Bewerbung, welche eine Administrativtätigkeit betrifft, erfolgte am 9. März 2021 an das N., für welches die Klägerin bereits zwischen 2010 und 2012 tätig war (Eingabe vom 25. März 2021 N. 5, act. 78, und Beilage 7 zu dieser Eingabe). Weitere Bewerbungen wurden weder im erstinstanzlichen, noch im Berufungsverfahren konkret behauptet und belegt. Gemäss der Aussage der Klägerin an der vorinstanzlichen Verhandlung vom 1. Juli 2021 habe sie seit März 2021 noch drei Schulen angefragt (Protokoll S. 29, act. 110). Als administrative Mitarbeiterin habe sie sich (ausser der Bewerbung ans N.) nicht beworben. Im Gastgewerbe

oder als Verkäuferin habe sie sich nicht beworben, weil sie wisse, dass ihr dies nicht gefallen werde (Protokoll S. 10, act. 100 Rückseite). Mit diesen wenigen Bewerbungen, die sich zudem fast ausschliesslich auf Stellen als Lehrerin bezogen, hat die Klägerin nicht glaubhaft gemacht, dass es ihr nicht möglich wäre, in den von der Vorinstanz genannten Bereichen eine Vollzeitstelle zu finden.

Insgesamt ist es nicht zu beanstanden und steht in Übereinstimmung mit der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass die Vorinstanz der Klägerin ein hypothetisches Einkommen angerechnet hat. Auch die Übergangsfrist von knapp einem Jahr ab Eröffnung des angefochtenen Urteils erscheint angesichts dessen, dass die Klägerin in den letzten Jahren nur in einem kleinen, nicht stabilen Teilzeitpensum arbeitstätig gewesen ist, angemessen.

Die Höhe des ab 1. August 2022 zumutbaren hypothetischen Einkommens der Klägerin hat die Vorinstanz mit Fr. 3'888.00 netto bestimmt (angefochtener Entscheid E. 7.3.4., S. 29). Dies ist im Berufungsverfahren von keiner Partei gerügt worden, und es kann darauf abgestellt werden.

### **3.5.**

Für die erste Phase vom 19. Dezember 2020 bis 31. Januar 2021 ergibt sich daraus das Folgende (zu den Beträgen vgl. den angefochtenen Entscheid E. 7.3.2.): Das Einkommen des Beklagten beträgt Fr. 8'965.00, jenes der Klägerin Fr. 730.00 und das eheliche Gesamteinkommen somit Fr. 9'695.00. Demgegenüber beträgt das Existenzminimum des Beklagten inkl. Steuern Fr. 3'614.00, jenes der Klägerin Fr. 1'813.00 und der Gesamtbedarf somit Fr. 5'427.00. Nach Berücksichtigung des vom Beklagten an die beiden Söhne geleisteten Volljährigenunterhalts von insgesamt Fr. 3'027.00 (vgl. oben E. 3.2.4) verbleibt ein Überschuss von Fr. 1'241.00 (Fr. 9'695.00 ./. Fr. 5'427.00 ./. Fr. 3'027.00). Dieser Überschuss ist hälftig auf die Ehegatten aufzuteilen, so dass der Klägerin daran ein Anteil von (gerundet) Fr. 620.00 zusteht. Dazu kommt der ungedeckte Teil des Existenzminimums der Beklagten von Fr. 1'083.00 (Fr. 1'813.00 ./. Fr. 750.00; vgl. auch angefochtenes Urteil E. 7.3.2. i.f., S. 22). Der vom Beklagten an die Klägerin in dieser Phase zu bezahlende Unterhaltsbeitrag beträgt folglich Fr. 1'703.00 (Fr. 1'083.00 + Fr. 620.00).

### **3.6.**

In der zweiten Phase vom 1. Februar 2021 bis 31. Juli 2022 (zu den Beträgen vgl. den angefochtenen Entscheid E. 7.3.2.) beträgt das Einkommen des Beklagten Fr. 8'965.00, jenes der Klägerin Fr. 1'623.00 und das eheliche Gesamteinkommen somit Fr. 10'588.00. Demgegenüber beträgt das Existenzminimum des Beklagten inkl. Steuern Fr. 3'764.00, jenes der Klägerin Fr. 3'893.00 und der Gesamtbedarf somit Fr. 7'657.00. Nach Abzug des Gesamtbedarfs vom Gesamteinkommen verbleibt ein Betrag von

Fr. 2'931.00, der nicht ausreicht, um den ganzen Volljährigenunterhalt der beiden Söhne der Parteien zu decken. Somit ist zwar das gesamte familienrechtliche Existenzminimum der Klägerin, welches dem Volljährigenunterhalt vorgeht (vgl. oben E. 3.2.2), zu decken. Die verbleibenden Restmittel sind jedoch zur Beteiligung am Volljährigenunterhalt zu verwenden, und es verbleibt kein Überschuss, an welchem die Klägerin zu beteiligen wäre. Es bleibt damit beim von der Vorinstanz festgelegten Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'270.00 (Fr. 3'893.00 ./ Fr. 1'623.00; vgl. auch angefochtenes Urteil E. 7.3.3. i.f., S. 26).

### **3.7.**

In der dritten Phase ab dem 1. August 2022 (zu den Beträgen vgl. den angefochtenen Entscheid E. 7.3.4.) beträgt das Einkommen des Beklagten Fr. 8'965.00, jenes (hypothetische) der Klägerin Fr. 3'888.00 und das eheliche Gesamteinkommen somit Fr. 12'853.00. Demgegenüber beträgt das Existenzminimum des Beklagten inkl. Steuern Fr. 4'244.00, jenes der Klägerin Fr. 4'103.00 und der Gesamtbedarf somit Fr. 8'347.00. Nach Berücksichtigung des vom Beklagten an die beiden Söhne geleisteten Volljährigenunterhalts von insgesamt Fr. 3'027.00 (vgl. oben E. 3.2.4) verbleibt somit ein Überschuss von Fr. 1'479.00 (Fr. 12'853.00 ./ Fr. 8'347.00 ./ Fr. 3'027.00). Dieser Überschuss ist hälftig auf die Ehegatten aufzuteilen, so dass der Klägerin daran ein Anteil von (gerundet) Fr. 740.00 zusteht. Dazu kommt der ungedeckte Teil des Existenzminimums der Beklagten von Fr. 215.00 (Fr. 4'244.00 ./ Fr. 3'888.00; vgl. auch angefochtenes Urteil E. 7.3.4., S. 31). Der vom Beklagten an die Klägerin in dieser Phase zu bezahlende Unterhaltsbeitrag beträgt folglich Fr. 955.00 (Fr. 215.00 + Fr. 740.00).

## **4.**

### **4.1.**

Die Vorinstanz hat unter anderem eine von der Klägerin erhaltene (hälftige) Steuerrückvergütung der provisorischen Steuern, welche der Beklagte am 12. Februar 2021 bezahlt hatte, im Betrag von Fr. 4'867.65 an ihren Unterhaltsanspruch angerechnet (angefochtenes Urteil E. 8.3.; vgl. die Eingabe des Beklagten vom 29. März 2021 N. 5 und Beilage 51).

### **4.2.**

Dagegen wehrt sich die Klägerin mit ihrer Berufung mit der Begründung, die Bezahlung der Steuerschulden stelle eine Verpflichtung dar, zu welcher die Ehegatten mit solidarischer Haftung verpflichtet seien. Die Steuerschulden belasteten das gemeinsame eheliche Vermögen. Da die Parteien bis zum Stichtag der Anordnung der Gütertrennung per 21. Januar 2021 dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung unterstanden hätten, sei die Klägerin ebenso wie der Beklagte berechtigt, die Hälfte der Rückzahlung einer offenbar nicht bestehenden Steuerschuld vom Steueramt ausbezahlt zu erhalten. Die Steuerrückzahlung sei somit nicht an die

Unterhaltspflicht des Beklagten anzurechnen, sondern stelle mit ihrem Eingang bei der Klägerin ein Guthaben ihrer Errungenschaft dar, was in der nachfolgenden güterrechtlichen Auseinandersetzung per 21. Januar 2021 anzurechnen sein werde (Berufung N. 46).

#### **4.3.**

Der Beklagte bringt dazu mit der Berufungsantwort vor, Steuerschulden würden nach ständiger Praxis im Bedarf berücksichtigt. Weshalb es sich vorliegend nicht um eine Unterhaltsleistung, sondern eine unterhaltsunabhängige Vermögensleistung handeln solle, werde von der Klägerin nicht dargelegt. Es sei nicht ersichtlich, unter welchem Titel der Klägerin eine solche Leistung des Beklagten zustehen sollte (Berufungsantwort N. 43)

#### **4.4.**

Im Umfang der bereits erbrachten Unterhaltsleistungen ist die Verpflichtung untergegangen. Weil im Rechtsöffnungsverfahren nur Tilgung nach Erlass des Urteils eingewendet werden kann (Art. 81 Abs. 1 SchKG) und der Rechtsöffnungsrichter den Rechtsöffnungstitel nicht materiell überprüfen darf, ist dem Unterhaltspflichtigen die Tilgungseinrede im Rechtsöffnungsverfahren für vor Erlass des Urteils geleistete Zahlungen verwehrt. Vor Erlass des Urteils behauptete Tilgungen hat der Sachrichter zu berücksichtigen (BGE 135 III 315 E. 2.5).

#### **4.5.**

Sowohl die ursprüngliche Zahlung des in der Folge rückerstatteten Betrags an die Steuerbehörden durch den Kläger am 21. Februar 2021 als auch dessen (je hälftige) Rückerstattung von der Steuerbehörde an die Parteien nach dem 31. März 2021 (vgl. dazu Beilage 51 zur Eingabe des Klägers vom 29. März 2021) fallen in die Zeit, für welche im vorliegenden Urteil Unterhaltsansprüche der Klägerin festgelegt werden (2. Phase). Ihren Anteil an der Rückzahlung konnte die Klägerin für ihren Unterhalt verwenden (sei es zur Bezahlung ihrer eigenen Steuerschulden sei es zu einem anderen Zweck) und die Mittel stammen vom Beklagten (wenn auch indirekt über die Zahlung an die Steuerbehörde, welche alsdann hälftig zur Klägerin floss). Die Anrechnung dieser Steuerrückerstattung an den Unterhaltsanspruch der Klägerin gemäss dem angefochtenen Entscheid ist daher nicht zu beanstanden.

### **5.**

#### **5.1.**

Die Vorinstanz hat den Beklagten mit dem angefochtenen Entscheid (Dispositiv-Ziffer 8) dazu verpflichtet, der Klägerin einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 6'000.00 zu bezahlen. Zu dessen Höhe führte sie aus, die hälftigen Gerichtskosten lägen bei Fr. 1'200.00. Betreffend die Anwaltskosten sei praxisgemäss von einer Grundentschädigung von Fr. 2'500.00 auszugehen. Unter Berücksichtigung eines Zuschlags von 20 % für eine zweite

Rechtsschrift sowie den Auslagen und der Mehrwertsteuer resultierten Anwaltskosten von schätzungsweise Fr. 3'500.00, wobei die tatsächlichen Anwaltskosten höher sein könnten, sofern nach Stunden abgerechnet werde. Zusammenfassend sei der Prozesskostenvorschuss daher ermessensweise auf Fr. 6'000.00 festzulegen.

## **5.2.**

Die Klägerin beantragt mit Berufung einen Prozesskostenvorschuss für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 7'200.00 (Berufungsantrag Ziff. 7). Zur Begründung bringt sie vor, die Vorinstanz habe ihr die Hälfte der Gerichtskosten im Betrag von Fr. 1'200.00 auferlegt und festgestellt, dass die Anwaltskosten ermessensweise auf Fr. 6'000.00 festzulegen seien, weshalb der Prozesskostenvorschuss Fr. 7'200.00 betragen müsse (Berufung N. 50 f.).

## **5.3.**

Entgegen dem Verständnis der Klägerin hat die Vorinstanz die Anwaltskosten nicht auf Fr. 6'000.00, sondern auf Fr. 3'500.00 geschätzt. Diese Schätzung ist nicht zu beanstanden. Unter Berücksichtigung des von der Klägerin zu tragenden Anteils an den Gerichtskosten von Fr. 1'200.00 hätte der Prozesskostenvorschuss demnach Fr. 4'700.00 betragen müssen, zumal sich die Anwaltskosten im Zivilverfahren nicht nach dem Stundenaufwand bemessen (vgl. § 3 Abs. 1 AnwT). Mangels Berufung des Beklagten bleibt es beim Prozesskostenvorschuss von Fr. 6'000.00 gemäss dem angefochtenen Entscheid.

## **6.**

### **6.1.**

Die Klägerin beantragt, es sei der Beklagte zu verpflichten, ihr für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.00 zu bezahlen (Prozessualer Antrag Ziff. 1). Nach der Praxis der 5. Zivilkammer des Obergerichts ist ein solcher Antrag im zweitinstanzlichen Eheschutzverfahren zulässig, wenn die antragstellende Partei wie hier schon im erstinstanzlichen Verfahren einen Antrag auf Prozesskostenvorschuss gestellt hat und den Antrag im Rahmen einer eigenen Berufung stellt.

### **6.2.**

Die Voraussetzungen der fehlenden Aussichtslosigkeit der Berufung sowie der Bedürftigkeit der Klägerin (Art. 117 ZPO analog) sind gegeben. Für Letzteres kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (E. 11.2.2. des angefochtenen Entscheids).

### **6.3.**

Der Beklagte macht geltend, er verfüge nicht über die erforderliche Leistungsfähigkeit, um neben den eigenen Gerichts- und Anwaltskosten für

jene der Klägerin aufzukommen. Sein liquides Vermögen belaufe sich aktuell auf rund Fr. 30'000.00. Noch offen seien diverse grössere Zahlungen wie Steuerrechnung, Prozesskostenvorschuss Bezirksgericht sowie Anwaltshonorar für seit März 2021 erbrachte anwaltliche Dienstleistungen (Berufungsantwort N. 45 ff.).

#### **6.4.**

Entgegen seiner eigenen Ansicht ist es dem Beklagten ohne weiteres möglich, der Klägerin einen Prozesskostenvorschuss zu leisten, sei es aus seinem liquiden Vermögen von (gemäss eigenen Angaben) Fr. 30'000.00, sei es aus seinem Einkommen, selbst wenn man die von ihm erwähnten – aber nicht bezifferten und substantiierten - weiteren finanziellen Verpflichtungen berücksichtigt. Vor Bezahlung des Volljährigenunterhalts verbleibt dem Beklagten aus seinem monatlichen Einkommen in der aktuellen, noch bis Ende Juli 2022 laufenden Phase ein Betrag von fast Fr. 3'000.00 (vgl. oben E. 3.6). Der Anspruch auf Kostenvorschuss stützt sich auf die eheliche Unterhaltspflicht gemäss Art. 163 ZGB (BGE 142 III 36 E. 2.3) und geht dem Anspruch auf Volljährigenunterhalt damit vor (vgl. oben E. 3.2.2.). Folglich kann dieser Betrag zur Leistung des Prozesskostenvorschusses verwendet werden, soweit dafür nicht das Vermögen des Beklagten beansprucht wird. Der Antrag der Klägerin auf einen Prozesskostenvorschuss für das Berufungsverfahren ist damit im Grundsatz gutzuheissen (zur Höhe vgl. unten E. 7.2).

### **7.**

#### **7.1.**

Im Ergebnis ist die Berufung der Klägerin teilweise gutzuheissen bezüglich ihres Unterhaltsanspruchs, wobei sie auch in diesem Punkt zu einem weit grösseren Teil unterliegt. Die Klägerin unterliegt auch bezüglich der Fragen der Zuteilung der Fahrzeuge der Ehegatten, der Höhe des Betrags der an ihren Anspruch anzurechnenden, bereits geleisteten Unterhaltsbeiträge sowie der Höhe des Kostenvorschusses für das erstinstanzliche Verfahren. Sie obsiegt im Grundsatz auch bezüglich des Kostenvorschusses für das Berufungsverfahren.

#### **7.2.**

Die obergerichtlichen Gerichtskosten von Fr. 2'000.00 (Art. 96 ZPO i.V.m. §§ 3 Abs. 1, 8 und 11 Abs. 1 VKD) werden der Klägerin entsprechend diesem Ausgang (Art. 106 Abs. 2 ZPO) zu vier Fünfteln mit Fr. 1'600.00 und dem Beklagten zu einem Fünftel mit Fr. 400.00 auferlegt. Zudem ist die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten drei Fünftel seiner zweitinstanzlichen Parteikosten zu ersetzen. Diese werden ausgehend von einer Grundentschädigung von Fr. 2'500.00 (AGVE 2002 S. 78), einem Zuschlag von 10 % (§ 6 Abs. 1 und 3 AnwT, Eingabe vom 12. November 2021), Abzügen von 20 % (§ 6 Abs. 1 und 2 AnwT, keine Verhandlung) und von 25 % (§ 8 AnwT, Rechtsmittelverfahren), Barauslagen von pauschal Fr. 50.00

und der Mehrwertsteuer (7.7 %) auf (gerundet) Fr. 1'870.00 festgesetzt. Der vom Beklagten an die Klägerin zu leistende Prozesskostenvorschuss ist dementsprechend auf Fr. 3'470.00 festzusetzen (Anteil an den Gerichtskosten Fr. 1'600.00 + eigene Parteikosten Fr. 1'870.00).

---

**Das Obergericht erkennt:**

**1.**

**1.1.**

In teilweiser Gutheissung der Berufung der Klägerin wird der Entscheid des Gerichtspräsidiums Baden vom 9. August 2021 (mit Berichtigung vom 25. August 2021) in Dispositiv-Ziffer 5.1. aufgehoben und durch folgende Bestimmung ersetzt:

**5.1.**

Der Gesuchgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an ihren persönlichen Unterhalt monatlich vorschüssig folgende Unterhaltsbeiträge rückwirkend per 19. Dezember 2020 zu bezahlen:

Fr. 1'703.00	bis und mit 31. Januar 2021
Fr. 2'270.00	ab 1. Februar 2021 bis und mit 31. Juli 2022
Fr. 955.00	ab 1. August 2022

**1.2.**

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 3'470.00 zu bezahlen.

**1.3.**

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.

**2.**

Die obergerichtliche Spruchgebühr von Fr. 2'000.00 wird dem Beklagten zu einem Fünftel mit Fr. 400.00 und der Klägerin zu vier Fünfteln mit Fr. 1'600.00 auferlegt.

**3.**

Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten drei Fünftel seiner richterlich auf Fr. 1'870.00 festgesetzten Parteikosten (inkl. Barauslagen und der Mehrwertsteuer), somit Fr. 1'122.00, zu bezahlen.

---

Zustellung an:  
die Klägerin (Vertreter)  
den Beklagten (Vertreterin)  
die Vorinstanz

---

**Rechtsmittelbelehrung** für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

---

Aarau, 14. Februar 2022

**Obergericht des Kantons Aargau**

Zivilgericht, 5. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Brunner

Hess