

# ZH\_OBERGERICHT LE160019 vom 13. Februar 2017

ZH Obergericht, 2017-02-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE160019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE160019)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE160019 du 13 février 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT LE160019 del 13 febbraio 2017

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. August 1995 verheiratet. Sie haben drei gemeinsame Kinder: C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1995, D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1997, und E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2000. Mit Eingabe vom 18. Dezember 2014 wurde ein gemeinsames Scheidungsbegehren der Parteien eingereicht

- 10 - (Urk. 2/1-2). Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchstellerin) zeigte mit Schreiben vom 13. Februar 2015 die Mandatierung von Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ an, widerrief ihr Scheidungsbegehren und reichte gleichzeitig ein Eheschutzgesuch ein (Urk. 8). Mit Eingabe vom 12. März 2015 zog auch der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend Gesuchsgegner) sein Scheidungsbegehren zurück (Urk. 15). Nach Durchführung der Hauptverhandlung sowie nach Scheitern der Vergleichsgespräche regelte die Vorinstanz mit dem eingangs wiedergegebenen Urteil vom 15. Januar 2016 das Getrenntleben der Parteien und die damit verbundenen Nebenfolgen (Urk. 56 = Urk. 62). Der übrige Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 62 E. 1).

### E. 2

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Es gilt dabei insofern eine Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, als dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; OGer ZH LF140108 vom 24. März 2015, E. 2.1). Die Rechtsmittelinstanz muss nicht nach allen denkbaren möglichen Fehlern forschen (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36; Hungerbühler, DI-KE-Komm-ZPO, Art. 311 N 27; ZWR 2014 S. 270, S. 271 f.). Diese Ausführungen zur Begründungsobliegenheit gelten in Bezug auf die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes und können wegen des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) nicht ohne Weiteres auf die Frage der richtigen Rechtsanwendung angewendet werden (vgl. dazu auch ZWR 2014 S. 270, 274; OGer ZH LF140108 vom 24. März 2015, E. 2.2; BSK ZPO-Spühler, Art. 310 N 2 f.; BK ZPO-Sterchi, Art. 310 N 4). Einer Partei, die falsche oder gar keine Ausführungen zur Rechtsanwendung macht, darf kein Rechtsnachteil erwachsen (Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2012, N. 1358 mit weiteren Hinweisen). Die Berufungsinstanz ist weder an die Rechtsauffassung der Parteien noch an diejenige der unteren Instanz gebunden (OGer ZH vom 18. September 2014, E. III/1; BK ZPO-Hurni, Art. 57 N 21). Die unrichtige Rechtsanwendung gemäss Art. 310 lit. a ZPO umfasst sowohl die Anwendung als auch die Nichtanwendung sämtlicher generell-abstrakten staatlichen Normen, worunter das gesetzte Recht aller Stufen sowie auch das

ungeschriebene Recht, insbesondere das Gewohnheitsrecht und das Richterrecht (Art. 1 Abs. 2 ZGB), zu verstehen ist (BK ZPO-Sterchi, Art. 310 N 6). Schliesslich ist auf Art. 296 ZPO hinzuweisen, welcher für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten den Untersuchungs- und Officialgrundsatz statuiert, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet.

- 13 - 3.1 Neue Tatsachen können gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Der im vorliegenden Verfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 272 und Art. 296 Abs. 1 ZPO) ändert daran nichts (BGE 138 III 625 E. 2.2, 138 III 788 E. 4.2). 3.2 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Urteilsberatung mit der Verfügung betreffend Fristansetzung zur Einreichung einer Willenserklärung der Tochter D. \_\_\_\_\_ ausgesetzt wurde (Urk. 85 S. 2 unten). Die Eingabe des Gesuchsgegners vom 22. November 2016 (Urk. 86) sowie die darauf folgenden Eingaben der Parteien (Urk. 91, 93 bis 95/1-6, 97 und 98/1-2) erfolgten damit, entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (Urk. 91 S. 2) nicht während der Urteilsberatung und damit – unter Vorbehalt von Art. 317 Abs. 1 ZPO – zulässigerweise. Mit Verfügung vom 12. Januar 2017 wurde den Parteien hernach wiederum angezeigt, dass die Urteilsberatung begonnen habe, und der Gesuchstellerin die letzte Eingabe des Gesuchsgegners zugestellt (Urk. 99). Zu Letzterer nahm die Gesuchstellerin im Rahmen ihrer Eingabe vom 18. Januar 2017 erneut Stellung (Urk. 100). Auch dieses Schreiben kann vorbehältlich Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden. Dies gilt jedoch nicht für die bei der Kammer am 1. Februar und 7. Februar 2017 eingegangenen Eingaben des Gesuchsgegners, mit welchen er neue Abrechnungen der Arbeitslosenkasse sowie eine Auflistung seiner Arbeitsbemühungen im Januar 2017 und damit echte Noven einreicht, ohne sich hierbei aber zu allfälligen Noven der Gesuchstellerin in ihrer letzten Eingabe zu äussern (Urk. 103 ff.). Nachdem sich die Kammer im Zeitpunkt des Eingangs dieser Eingaben bereits in der Beratungsphase befand, sind sie nicht zu beachten (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.5). Folglich können diese Eingaben der Gesuchstellerin mit dem vorliegenden Entscheid zugestellt werden.

#### **E. 4**

Einkommen des Gesuchsgegners

##### **E. 4.1**

Der Gesuchsgegner kritisiert lediglich die Erwägungen der Vorinstanz hinsichtlich des Obsiegens im Zusammenhang mit den Unterhaltsbeiträgen (Urk. 61 Ziff. 5). Was die Ausführungen der Vorinstanz zum Obsiegen bzw. Unterliegen betreffend die übrigen Streitgegenstände anbelangt, sind diese nachvollziehbar, angemessen und entsprechend nicht zu beanstanden.

##### **E. 4.1.1**

Der Gesuchsgegner anerkennt das ihm von der Vorinstanz angerechnete Einkommen der Phasen I und II. In Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes und da die Gesuchstellerin, nachdem der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 22. November 2016 (Urk. 86) neue Abrechnungen der Arbeitslosenkasse eingereicht hatte (Urk. 87/3), für die Phase II ein höheres Einkommen geltend macht (vgl. Urk. 91 S. 3 lit. c-e), ist nachfolgend trotzdem näher auf die vorinstanzliche Phase II (1. Juli 2015 bis 31. Mai 2016) einzugehen.

### **E. 4.1.2**

Die Vorinstanz ging seitens des Gesuchsgegners in der Phase II von einer Entschädigung der Arbeitslosenkasse von Fr. 7'709.– aus und stützte sich dabei auf Urk. 46/9/1-5 (Urk. 62 E. II/7.5.3.5).

### **E. 4.1.3**

Es ist zu berücksichtigen, dass der Höchstbetrag des versicherten Verdienstes im Jahr 2015 Fr. 126'000.– (monatlich Fr. 10'500.–) betrug und per 1. Januar 2016 auf Fr. 148'200.– (monatlich Fr. 12'350.–) heraufgesetzt wurde (vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 12. November 2014, abrufbar auf:

[www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-55178.html](http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-55178.html), zuletzt besucht am 22. Dezember 2016; für den aktuellen Höchstverdienst vgl. Art. 23 AVIG i.V.m. Art. 18 ATSG, Art. 15 UVG und Art. 22 UVV). Aus Urk. 46/9/1-5 ergibt sich, dass der Gesuchsgegner im Jahr 2015 den maximalen versicherten Verdienst von Fr. 10'500.– erhielt. Es ist notorisch und nunmehr auch belegt (vgl. Urk. 87/3/12 und Urk. 98/1), dass sich dieser per 1. Januar 2016 auf Fr. 12'350.– erhöht hat. Folglich ist ab diesem Datum von einer durchschnittlichen Entschädigung von Fr. 9'040.– (vgl. Urk. 87/3, 95/1 und 98/1 [exkl.

- 16 - Kinderzulagen]) auszugehen. Da der Gesuchsgegner das ihm von der Vorinstanz angerechnete Einkommen während der Phase II nicht rügte und die Abrechnung der ALV vom 14. Januar 2016 – in welcher für das Jahr 2015 eine Entschädigung von insgesamt Fr. 27'097.– ausgewiesen wird (Urk. 87/2) – in Verletzung von Art. 317 Abs. 1 ZPO erst mit Eingabe vom 22. November 2016 einreichte (Urk. 86), ist für das Jahr 2015 weiterhin von einer Entschädigung von monatlich Fr. 7'709.– auszugehen.

### **E. 4.2**

Die Gesuchstellerin beantragte im erstinstanzlichen Verfahren die Zusprennung von monatlichen Kinderunterhaltsbeiträgen für die drei Kinder C.\_\_\_\_, D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ von Fr. 2'000.– pro Kind. Der Gesuchsgegner seinerseits erachtete Unterhaltsbeiträge von je Fr. 1'000.– für D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ für angemessen. Nach erfolgter Korrektur wird der Gesuchsgegner verpflichtet, für E.\_\_\_\_ monatlich Fr. 1'100.– und für D.\_\_\_\_ monatlich Fr. 1'600.– zu bezahlen. Die beantragten Unterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_ wurden bereits von der Vorinstanz ungerügt abgewiesen, diesbezüglich unterliegt die Gesuchstellerin vollumfänglich. Von den beantragten Kinderunterhaltsbeiträgen für D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ von monatlich Fr. 4'000.– erhält die Gesuchstellerin solche von insgesamt Fr. 2'700.– und obsiegt diesbezüglich damit zu rund 30%. Für sich persönlich beantragte die Gesuchstellerin ab 1. Dezember 2014 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 11'370.– (Urk. 20 S. 2). Ausgehend von einer Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen von einem weiteren Jahr, das heisst bis Ende Februar 2018, verlangte sie damit Unterhaltsbeiträge von insgesamt rund Fr. 443'430.–. Der Gesuchsgegner bestritt seine Unterhaltspflicht gegenüber der Gesuchstellerin (Urk. 23 S. 2). Im Berufungsverfahren werden der Gesuchstellerin nunmehr Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 40'110.– zugesprochen. In Bezug auf die Ehegattenunterhaltsbeiträge obsiegt der Gesuchsgegner damit zu rund 90%. Resümierend kann damit festgehalten werden, dass der Gesuchsgegner betreffend seine Unterhaltsverpflichtung (Ehefrau und drei Kinder) zu rund 90% obsiegt. Nachdem dieser Streitgegenstand, wie dies bereits die Vorinstanz festhielt (Urk. 62 E. III/2.3), am meisten ins Gewicht fiel, rechtfertigt sich eine Aufteilung der

Kosten im Umfang 1/4 Gesuchsgegner und 3/4 Gesuchstellerin. 5. Was die Zusprechung einer Parteientschädigung (Urk. 61 Ziff. 6) angeht, ist Folgendes festzuhalten: Wie Berufungsanträge in der Sache müssen auch solche

- 60 - zum erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungspunkt konkrete Anträge enthalten. Aus dem Rechtsmittelantrag muss sich genau ergeben, wie der angefochtene Entscheid stattdessen zu lauten hätte. Auf Geldzahlung gerichtete Berufungsanträge – wie dies bei einem Begehren auf Ausrichtung einer Parteientschädigung für ein vorinstanzliches Verfahren der Fall ist – müssen sodann beziffert sein (BGE 137 III 617 E. 4.3). Dass Parteientschädigungen nach kantonalen Tarifen zugesprochen werden (Art. 96 ZPO), entbindet die Parteien zwar von der Stellung entsprechender bezifferter Begehren für das laufende Verfahren, insbesondere da bei der Antragstellung noch nicht feststeht, wieviel Aufwand dasselbe noch verursachen wird (vgl. BGE 140 III 444 E. 3.2.2 betr. Antrag auf Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung). Für ein bereits abgeschlossenes vorinstanzliches Verfahren ist die Stellung bezifferter Begehren demgegenüber stets erforderlich. In letzterem Fall weiss die das Rechtsmittel erhebende Partei genau, welchen Aufwand sie hatte, bzw. welche Parteientschädigung sie als angemessen erachtet; sie kann und muss daher, wie bei jedem Rechtsmittelantrag, ein beziffertes Rechtsmittelbegehren stellen (OGer ZH LB140074 vom 21.11.2014, E. 3.c2; OGer LE160030 vom 9. September 2016, E. II/D.4). Nach dem Gesagten erweist sich der Antrag des Gesuchsgegners in Bezug auf die erstinstanzliche Regelung der Parteientschädigung als ungenügend. Der Gesuchsgegner stellt keinen expliziten Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung. Er beantragt jedoch, dass die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens zu drei Vierteln der Gesuchstellerin aufzuerlegen seien (Urk. 61 S. 3), wodurch ihm ein Anspruch auf eine Parteientschädigung zukomme (Urk. 61 Ziff. 6). Der Berufungsschrift lässt sich aber nicht entnehmen (weder aus den Anträgen noch aus der Begründung; Urk. 61 S. 3 bzw. Urk. 61 Ziff. 6), welche Entschädigung er als angemessen erachtet. Nach dem Gesagten erweist sich dieser Antrag des Gesuchsgegners in Bezug auf die erstinstanzliche Regelung der Parteientschädigung als ungenügend. In diesem Punkt ist auf die Berufung daher nicht einzutreten.

- 61 - IV. 1. Das vorliegende Berufungsverfahren erweist sich für ein summarisches Verfahren als überdurchschnittlich umfangreich. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich daher in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 und § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) eine pauschale Entscheidgebühren von Fr. 8'500.–. 2. Gegenstand des Berufungsverfahrens stellten die Unterhaltsverpflichtung des Gesuchsgegners gegenüber den Kindern sowie der Gesuchstellerin persönlich, die Zuteilung der Garage sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen dar, wobei die letzten beiden Punkte aufwandmässig wenig ins Gewicht fielen. Hinsichtlich der Kinderunterhaltsbeiträge beantragte der Gesuchsgegner im Vergleich zum vorinstanzlichen Entscheid eine Reduktion von monatlich Fr. 600.– pro Kind, die Gesuchstellerin die Abweisung dieses Berufungsantrages. Gemäss den vorstehenden Erwägungen erfolgte für alle Phasen eine Reduktion der Kinderunterhaltsbeiträge um insgesamt Fr. 500.– pro Monat. Entsprechend obsiegt der Gesuchsgegner diesbezüglich zu 40%. Hinsichtlich der persönlichen Unterhaltsbeiträge ersuchte der Gesuchsgegner um eine Reduktion seiner Verpflichtung auf insgesamt Fr. 14'586.–. Die Gesuchstellerin beantragte die Abweisung der Berufung und damit die Aufrechterhaltung der

Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners ihr gegenüber im Umfang von insgesamt Fr. 130'681.– (ausgehend von einer Geltungsdauer der Eheschutzmassnahmen bis Ende Februar 2018). Nachdem der Gesuchstellerin im vorliegenden Berufungsverfahren Unterhaltsbeiträge von gesamthaft Fr. 40'110.– zugesprochen werden, obsiegt der Gesuchsgegner zu rund 80%. Hinsichtlich der Zuteilung der Garage sowie der Parteientschädigung unterliegt er vollumfänglich, obsiegt jedoch in Bezug auf die Verteilung der erstinstanzlichen Gerichtskosten. Gesamthaft betrachtet rechtfertigt es sich, den Parteien die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren hälftig aufzuerlegen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

- 62 - Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1 bis 5, 8, 9, 12 und 15 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 15. Januar 2016 am 2. April 2016 in Rechtskraft erwachsen sind. 2. Auf den Berufungsantrag Ziffer 6 wird nicht eingetreten, soweit damit die Zusage einer Parteientschädigung beantragt wird. 3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die gesamte eheliche Liegenschaft an der ... [Adresse], inklusive Garage, wird der Gesuchstellerin mit den Kindern für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benutzung zugewiesen. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, weiterhin die Hypothekar- und Gebäudeversicherungskosten der ehelichen Liegenschaft zu tragen. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, für die Heizungs-, Wasser-, Stromkosten sowie die Kosten des kleinen Unterhalts betreffend die eheliche Liegenschaft aufzukommen. 2. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, sein Fahrzeug sowie seine persönlichen Gegenstände, die sich noch in der Garage der Liegenschaft ... [Adresse], befinden, spätestens per 28. Februar 2017 aus der Garage der Liegenschaft zu entfernen und der Gesuchstellerin den Garagentoröffner zu übergeben.

- 63 - 3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der gemeinsamen Tochter D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1997, rückwirkend ab tt.mm.2015 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'600.– zuzüglich allfälliger gesetzlicher und/oder vertraglicher Familienzulagen zu bezahlen. Zukünftige Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Die rückwirkend zu leistenden Unterhaltsbeiträge werden auf das Ende des der Rechtskraft dieses Urteils folgenden Monats fällig. Der Gesuchsgegner ist berechtigt, von den rückwirkend zu leistenden Unterhaltsbeiträgen für den Zeitraum November 2015 bis November 2016 bereits erbrachte Leistungen im Umfang von Fr. 17'377.– in Abzug zu bringen. 4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Kind D.\_\_\_\_\_ rückwirkend ab 8. Januar 2015 bis zu deren Volljährigkeit (tt.mm.2015) monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'600.– zuzüglich allfälliger gesetzlicher und/oder vertraglicher Familienzulagen zu bezahlen. Der Gesuchsgegner ist berechtigt, von den rückwirkend zu leistenden Unterhaltsbeiträgen für den Zeitraum Januar 2015 bis November 2015 gegenüber der Gesuchstellerin bereits erbrachte Leistungen im Umfang von Fr. 9'273.– in Abzug zu bringen. 5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Kind E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2000, rückwirkend ab 8. Januar 2015 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'100.– zuzüglich allfälliger gesetzlicher und/oder vertraglicher Familienzulagen zu bezahlen. Der Gesuchsgegner ist berechtigt, von den rückwirkend zu leistenden Unterhaltsbeiträgen für den Zeitraum Januar 2015 bis November 2016 bereits erbrachte Leistungen im Umfang von Fr. 20'550.– in Abzug zu bringen.

- 64 - 6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, sich an ausserordentlichen Kinderkosten (z.B. Zahnarztkosten, Kosten für schulische Förderungsmassnahmen, etc.), über welche sich die Gesuchsteller vorgängig verständigt haben, hälftig zu beteiligen (soweit nicht Dritte, insbesondere Versicherungen, für diese Kosten aufkommen). 7. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin rückwirkend ab 8. Januar 2015 für die Dauer des Getrenntlebens für sich persönliche monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen: 8. Januar 2015 bis 30. Juni 2015: Fr. 2'510.– 1. Juli 2015 bis 31. März 2016: Fr. 1'470.– 1. April 2016 bis 31. August 2016: Fr. 950.– 1. September 2016 bis 17. Februar 2017: Fr. 820.– ab 1. Juli 2017: Fr. 320.– Die rückwirkend zu leistenden Unterhaltsbeiträge werden auf das Ende des der Rechtskraft dieses Urteils folgenden Monats fällig. 8. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren im Umfang von Fr. 6'500.– werden der Gesuchstellerin zu 3/4 und dem Gesuchsgegner zu 1/4 auferlegt. 9. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 8'500.– festgesetzt. 10. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 1'250.– zu ersetzen.

#### **E. 4.2.1**

Der Gesuchsgegner wehrt sich gegen die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens in der Phase III. Er bestreitet dabei die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens an sich, eventualiter den Zeitpunkt derselben sowie die Höhe des anrechenbaren Einkommens (Urk. 61 Ziff. 2.1.1 S. 5).

#### **E. 4.2.2**

Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsgegner ab 1. Juni 2016 ein hypothetisches Einkommen von monatlich Fr. 15'000.– netto an. Der Gesuchsgegner sei seit dem 1. Juli 2015 arbeitslos. Anlässlich der Befragung habe er angegeben, dass er auf Stellensuche und zuversichtlich sei, in absehbarer Frist eine Anstellung zu finden, wobei er sich auch auf Stellen mit einer tieferen Entlohnung als bei seinen vormaligen Tätigkeiten bewerbe. Er sei sehr gut ausgebildet und verfüge über breite, langjährige Erfahrungen und ein weitreichendes Beziehungsnetz, weshalb das Gericht zur Überzeugung gelange, dass es dem 53-jährigen Gesuchsgegner zumutbar und möglich sei, in absehbarer Zeit eine neue Arbeitsstelle in einem 100%-Pensum zu finden. Davon gehe dieser auch selber aus. In Bezug auf die Höhe des vom Gesuchsgegner erzielbaren Verdienstes sei die angespannte Arbeitsmarktlage im Finanzbereich zu berücksichtigen; dem Gesuchsgegner könne nicht ein Einkommen in gleicher Höhe wie bei seinen vormaligen Tätigkeiten angerechnet werden. Als Mitglied des Verwaltungsrates und Vorsitzender der Geschäftsführung der G.\_\_\_\_\_ AG habe er zuletzt monatlich Fr. 10'103.– verdient, wobei zu berücksichtigen sei, dass er zu Beginn seiner Anstellung im Jahr 2012 bis und mit Oktober 2014 monatlich Fr. 31'188.80 erwirtschaftet habe. Vor dieser Tätigkeit habe er bei der H.\_\_\_\_\_ ein monatliches Festsalär von ca. Fr. 18'750.– bezogen. Das letztmals erzielte Einkommen von Fr.

- 17 - 10'103.– sei als unterer Anknüpfungspunkt festzulegen. Darüber hinaus könne auf statistische Daten und Erfahrungswerte zurückgegriffen werden. Der Gesuchsgegner sei aufgrund seiner langjährigen beruflichen Erfahrung, seinen vormaligen Positionen und – davon sei auszugehen – seiner guten Ausbildung als Führungskraft zu qualifizieren. Das

Lohnbuch 2013 gehe für Führungskräfte im Alter ab 50 Jahren für Tätigkeiten in Verbindung mit Finanzdienstleistungen von einem monatlichen Bruttoeinkommen von Fr. 14'625.– aus. Die Lohnberechnungsplattform des Bundes zeige einen Zentralwert von Fr. 14'525.– monatlich auf. 25% der Arbeitnehmer in derselben Branche würden bei gleichen hypothetischen Voraussetzungen Fr. 16'665.– monatlich verdienen. Im Lichte des Ausführten erscheine die Erzielung eines Nettoeinkommens von durchschnittlich Fr. 15'000.– möglich und zumutbar. Bezüglich der Umstellungsfrist erklärte die Vorinstanz, dem Gesuchsgegner sei eine kurze Frist bis 1. Juni 2016 (Entscheidung datiert vom 15. Januar 2016) zuzugestehen. Ihm sei bereits seit Dezember 2014 bekannt gewesen, dass sein Arbeitsverhältnis bei der G.\_\_\_\_\_ AG per 30. Juni 2015 enden werde. Das Gericht anerkenne zwar, dass sich der Gesuchsgegner darum bemüht habe, eine neue Stelle zu finden. Dennoch sei vorliegend eine kurze Umstellungsfrist einzuräumen (Urk. 62 E. II/7.5.3.4).

### **E. 4.2.3**

Der Gesuchsgegner führt an, es sei zwar richtig, dass er anlässlich seiner Befragung vom 9. Oktober 2015 angegeben habe, zuversichtlich zu sein, in absehbarer Frist eine Stelle zu finden. In der Zwischenzeit seien indes Monate vergangen, während derer er sich intensiv um eine neue Stelle bemüht habe. Bereits die Vorinstanz habe anerkannt, dass er sich seit Beginn seiner Arbeitslosigkeit um eine neue Stelle bemüht habe. Er habe bis zum heutigen Tag nach wie vor erfolglos Bewerbungen über Bewerbungen verschickt, was auch die neusten Suchbemühungen dokumentieren würden (mit Verweis auf Urk. 64/2/1-3). Er müsse heute jedoch ernüchtert feststellen, dass die Arbeitswelt der Privatwirtschaft selbst auf eine beruflich erfahrene und gut ausgebildete Person wie ihn nicht gewartet habe. Der Trend, wonach jüngere, ebenso hochqualifizierte Kandidaten, welche IT-affin, mobil und flexibel seien, ihren älteren Berufskollegen vorgezogen würden, sei längst bekannt (mit Verweis auf einen Artikel aus der NZZ vom 23. Juni 2013 [Urk. 64/3]). Aufgrund der nun schon seit Monaten andauernden

- 18 - Arbeitslosigkeit habe das RAV ihm zwecks Förderung seiner Vermittelbarkeit ermöglicht, vom 11. April 2016 bis 25. April 2016 einen Kurs zu absolvieren (Urk. 61 Ziff. II/2.1.3). Seit August 2016 sei er zusätzlich beim FAU (Fokus Arbeit Umfeld) Zürich gemeldet, wo er ähnlich einem angestellten Arbeitnehmer täglich Aufgaben/Projekte zu erfüllen habe und von einem Coach betreut werde. Das FAU sei ein Qualifizierungsprogramm für Stellensuchende, welche Dienstleistungen für berufliche Neuorientierung und Weiterbildung anbiete und welches im Auftrag des SECO arbeite (Urk. 86 Ziff. 1; Urk. 87/1). Es sei jedoch Fakt, dass er trotz seines guten Willens und seiner dokumentierten Anstrengungen nicht in der Lage sei, in absehbarer Zeit eine Stelle zu finden und damit mehr zu verdienen, als er seit dem 1. Juli 2015 vom RAV an Arbeitslosenentschädigung ausbezahlt erhalte. Es könne ihm daher nur ein Einkommen in der Höhe von Fr. 8'209.– angerechnet werden und dies höchstens bis zum Ende des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung, namentlich dem 31. Dezember 2016 (Urk. 61 Ziff. II/2.1.3). In Bezug auf die Höhe des ihm von der Vorinstanz angerechneten hypothetischen Einkommens kritisiert er, dass diese trotz der angespannten Arbeitsmarktlage das zuletzt von ihm erzielte, tatsächliche Einkommen um 50% auf netto Fr. 15'000.– respektive brutto Fr. 17'000.– erhöht habe. Weshalb er nach monatelanger Arbeitslosigkeit und ca. 140 Bewerbungen zu den Arbeitnehmern gehören sollte, die überdurchschnittlich, das heisst mehr als den Zentralwert (Median), verdienen würden, sei

nicht ersichtlich. Vielmehr zeige der von ihm zuletzt tatsächlich erzielte Verdienst, dass er nicht einmal zum Durchschnitt gehört habe, sondern zu den 25% derjenigen Arbeitnehmer, die weniger als den Durchschnitt verdient hätten. Unter Berücksichtigung der angespannten Arbeitsmarktlage im Finanzbereich könne ihm, der zuletzt ein Nettoeinkommen von Fr. 10'103.– erzielt habe, ein Nettoeinkommen von maximal Fr. 8'500.– angerechnet werden. Von diesem Einkommen sei eventualiter auszugehen. Es sei geradezu offensichtlich, dass er nach einer solch langen Phase der Arbeitslosigkeit keine Stelle als Führungskraft mehr finden werde. Er werde sich, wenn auch offensichtlich unfreiwillig, auf eine deutlich weniger gut bezahlte Stelle einrichten müssen – sollte er dereinst tatsächlich eine Stelle finden, was jedoch bezweifelt werde (Urk. 61 Ziff. 2.1.4 S. 7 f.).

- 19 - Schliesslich rügt der Gesuchsgegner die ihm von der Vorinstanz zugestandene Umstellungsfrist bis 31. Mai 2016. Obwohl er alles unternommen habe, um so schnell wie möglich wieder eine Arbeitsstelle zu finden, er nach monatelanger Stellensuche noch immer ohne Arbeit sei und die Vorinstanz ausführe, dass eine drei bis sechs monatige Umstellungsfrist "erst mit der erstmaligen richterlichen Eröffnung der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zu laufen" beginne, habe sie ihm nicht einmal die kürzest mögliche Umstellungsfrist von drei Monaten eingeräumt, sondern diese weiter um beinahe einen Monat reduziert. Es habe sich aber gezeigt, dass die Stellensuche für ihn unter Berücksichtigung seiner beruflichen Qualifikationen, seines Alters und der Arbeitsmarktlage quasi aussichtslos sei. Die Umstellungsfrist sei für den Eventualfall deshalb auf mindestens sechs Monate anzusetzen (Urk. 61 Ziff. 2.1.5 S. 9).

#### **E. 4.2.4**

Die Gesuchsgegnerin wirft dem Gesuchsgegner vor, ihm sei bereits seit spätestens November 2014 bekannt gewesen, dass sein Arbeitsverhältnis bei der G.\_\_\_\_\_ AG per 30. Juni 2015 enden werde. Anstatt sich jedoch um eine neue Tätigkeit zu bemühen, habe er Monate verstreichen lassen und rund zehn Wochen Ferien gemacht. Bis Mitte April 2015 habe er keinerlei Suchbemühungen unternommen. Er habe mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens rechnen müssen. Ihm sei stets bewusst gewesen, dass er eine Stelle finden müsse (Urk. 69 S. 7). Für die behaupteten Bewerbungen und Absagen reiche er nur seine Einträge im Formular für das RAV ein. Ob er sich ernsthaft bemüht habe und wie die entsprechenden Bewerbungen ausgesehen hätten, lege er nicht dar. Damit könnten nicht ernsthafte Suchbemühungen glaubhaft gemacht werden (Urk. 69 Ziff. 2.1.3). In Bezug auf die Höhe des hypothetischen Einkommens habe die Vorinstanz zu Recht gewürdigt, dass der Gesuchsgegner sehr gut ausgebildet sei sowie über breite und langjährige Erfahrungen und ein weitreichendes Beziehungsnetz verfüge. Das von der Vorinstanz angenommene Einkommen entspreche einem angemessenen Durchschnittslohn (mit Verweis auf das Lohnbuch 2015 sowie 2016). Die Vorinstanz rechne dem Gesuchsgegner sodann die Arbeitslosenzeit vom 1. Juli 2015 bis zum 31. Mai 2016 an. Beim Entscheid, dem Gesuchsgegner ab

- 20 - 1. Juni 2016 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, handle es sich nicht um eine kurze Umstellungsfrist, sondern in Anbetracht der Tatsache, dass er bereits seit dem 1. November 2014 um die Kündigung der Anstellung bei der G.\_\_\_\_\_ AG gewusst habe, um eine grosszügig eingeräumte Umstellungsfrist. Der Umstand, dass der Gesuchsgegner jahrelang in führender Position als Geschäftsführer und Direktor tätig gewesen sei und monatlich mehr als Fr. 20'000.– verdient habe, zeige – entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners –, dass er zu den 25% der Arbeitnehmern gehöre, welche mehr als den

Median-Bruttolohn verdienen könnten (Urk. 69 Ziff. 2.1).

#### **E. 4.2.5**

Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen wird auf das tatsächliche Leistungsvermögen abgestellt. Davon kann abgewichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, falls und soweit die betreffende Partei bei gutem Willen bzw. bei ihr zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als sie effektiv verdient. Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss eine solche ausser Betracht bleiben. Diesen Grundsatz hat das Bundesgericht für sämtliche Matrimonialsachen festgehalten (so in BGE 117 II 16 E. 1.b für den Eheschutz). In diesem Zusammenhang ist Rechtsfrage, welche Tätigkeit aufzunehmen zumutbar ist; Tatfrage hingegen ist, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist (BGE 137 III 118 E. 2.3 mit Hinweisen).

#### **E. 4.2.6**

Die Vorinstanz ging davon aus, dass es dem Gesuchsgegner gelingen sollte, bis zum 1. Juni 2016 eine Arbeitsstelle zu finden, welche es ihm ermöglicht, monatlich Fr. 15'000.– netto zu verdienen. Der Gesuchsgegner fand keine entsprechende Stelle. Er ist seit dem 1. Juli 2015, das heisst mehr als eineinhalb Jahren, arbeitslos. Bereits die Vorinstanz anerkannte seine Suchbemühungen (Urk. 62 E. II/7.5.3.4 S. 31). Aus den Akten ergibt sich denn auch, dass er sich seit dem 1. April 2015 intensiv bemüht, eine Stelle zu finden (Urk. 46/10/1, Urk. 64/2/1, Urk. 76/1/1; Urk. 87/4/5 und 87/4/6; Urk. 98/2; die Urk. 87/4/1-4 können unter Hinweis auf Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht berücksichtigt werden; zu Urk. 107/1 vgl. vorstehend E.II/3.2). Zwar ist der Gesuchstellerin dahingehend zuzustimmen, dass die Ausrichtung von Arbeitslosentaggeldern lediglich ein Indiz

- 21 - für erfolgte, jedoch erfolglose Arbeitsbemühungen darstellt. Die Anforderungen an den Nachweis genügender Suchbemühungen sind im Rahmen der Arbeitslosenversicherung und im Rahmen der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen bei der Frage der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens nämlich nicht gewun- genermassen identisch (vgl. OGer ZH LE120024 vom 17.01.2013, E. III/4.d und OGer ZH LE120041 vom 08.03.2013, E. III/A.1.3.2, beide mit Verweis auf Kass- Ger ZH 2002/142 Z vom 25.12.2002, in: Rechenschaftsbericht des Kassationsgerichts des Kantons Zürich über das Jahr 2002, Nr. 21). Die eingereichten Nachweise zeigen jedoch eine hohe Anzahl Bewerbungen für verschiedene Stellen in unterschiedlichen Regionen auf. Mittlerweile hat der Gesuchsgegner auch Bewerbungsschreiben und die darauf gefolgten Absagen eingereicht (Urk. 76/2). Zwar ist richtig, dass die nunmehr eingereichten Bewerbungsschreiben jeweils den fast identischen Wortlaut aufweisen, von einer "Alibiübung" kann entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin jedoch nicht ausgegangen werden (vgl. den diesbezüglichen Einwand der Gesuchstellerin in Urk. 78 S. 1 f.). Vielmehr ist diesem Vorwurf entgegenzuhalten, dass der Gesuchsgegner durchaus positive Antworten erhielt. So wird mehrfach auf seine ausgewiesenen Qualifikationen und Erfahrungen Bezug genommen und wurden seine Unterlagen verschiedentlich aufgrund des hinterlassenen guten Eindrucks pending gehalten. Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesuchsgegner sein Potential nicht vollständig ausschöpft. Es ist sodann notorisch, dass gerade der Arbeitsmarkt im Finanzbereich für Arbeitnehmer im Alter des Gesuchsgegners schwierig ist (vgl. Urk. 64/3). An dieser Stelle kann auf die vom Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich im September 2016

publizierte Studie "50plus Chancen und Risiken auf dem Arbeitsmarkt" (abrufbar unter: [www.awa.zh.ch/internet/volks-wirtschaftsdirektion/awa/de/ueber\\_uns/organisation/fachstelle\\_volkswirtschaft/\\_jcr\\_content/contentPar/downloadlist\\_1383846923943/downloaditems/\\_50plus\\_chancen\\_und\\_.spooler.download.1477299698622.pdf/50plus\\_chancen+und+risiken+auf+dem+zuercher+arbeitsmarkt.pdf](http://www.awa.zh.ch/internet/volks-wirtschaftsdirektion/awa/de/ueber_uns/organisation/fachstelle_volkswirtschaft/_jcr_content/contentPar/downloadlist_1383846923943/downloaditems/_50plus_chancen_und_.spooler.download.1477299698622.pdf/50plus_chancen+und+risiken+auf+dem+zuercher+arbeitsmarkt.pdf); zuletzt besucht am 09.02.2017) verwiesen werden. Diese in der Presse einlässlich besprochene Studie kann als bekannt vorausgesetzt werden. In der Finanzbranche arbeiten gemäss dieser Studie deutlich weniger über 50- als unter 50-Jährige. Auch würden von Banken

- 22 - und Versicherungen deutlich weniger ältere Arbeitnehmende neu eingestellt, und dies sowohl im Vergleich zur jüngeren Generation als auch im Vergleich zu anderen Branchen (Artikel des Tagesanzeigers vom 25. Oktober 2016, abrufbar auf [www.tagesanzeiger.ch/zuerich/region/kein-finanzplatz-fuer-aeltere/story/25402300](http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/region/kein-finanzplatz-fuer-aeltere/story/25402300), zuletzt besucht am 02.11.2016). Auf der anderen Seite ist der Gesuchsgegner gut ausgebildet und verfügt über breite langjährige Erfahrungen als CEO, Verwaltungsrat und in Managementpositionen innerhalb von Konzernen und auch mittelständischen Strukturen (vgl. seinen Bewerbungstext in Urk. 76/2). Zudem sucht er nicht nur im Finanzbereich, sondern bewirbt sich u.a. auch als Geschäftsführer, Geschäftsleiter, Personalleiter, Verkaufsleiter bei Unternehmen im Bereich Consulting, Personalberatung, Human Resources. Er macht zudem geltend, in der Zwischenzeit im Zusammenwirken mit dem RAV eine Weiterbildung bzw. einen Kurs ("Stao-intensiv für oberste Führungsebenen 2016" [Urk. 64/4]) belegt zu haben sowie ab August 2016 zusätzlich freiwillig eine weitere Massnahme des SECO und RAV, namentlich das FAU, zu besuchen (vgl. Urk. 80 S. 2, Urk. 86 Ziff. 1; Urk. 87/2). Vor diesem Hintergrund kann ihm nicht gefolgt werden, wenn er ausführt, es werde ihm nicht möglich sein, überhaupt eine neue Stelle zu finden (vgl. Urk. 61 Ziff. 2.1.3 S. 7). Es ist davon auszugehen, dass es ihm mit der Unterstützung des RAV und aufgrund der besuchten Weiterbildungen bei gutem Willen möglich sein wird, innert nützlicher Frist eine neue Anstellung zu einem Pensum von 100% zu finden. Das Arbeiten in einem 100%-Pensum ist ihm ohne weiteres auch zumutbar. Gegenteiliges behauptet auch der Gesuchsgegner nicht. Unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktlage, des Alters des Gesuchsgegners und der Dauer seiner Arbeitslosigkeit ist ihm aber (nochmals) eine grosszügige Frist anzuberaumen, um eine entsprechende Arbeitsstelle zu finden. Der Umstand, dass der Gesuchsgegner bereits seit September bzw. November 2014 gewusst haben soll, dass er sich um eine neue Arbeitsstelle bemühen muss, vermag daran nichts zu ändern. Voraussetzung der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist stets, dass die Erzielung eines solchen auch möglich ist. Folglich kann grundsätzlich auch kein rückwirkendes hypothetisches Einkommen anzurechnet werden (vgl. BGer 5P.95/2003 vom 28. April 2003; KUKO-ZGB-

- 23 - Fankhauser, Art. 163 N 9). Vorliegend hat der Gesuchsgegner glaubhaft dargelegt, dass es ihm bisher nicht gelungen ist, eine entsprechende Anstellung zu finden. Es ist bekannt, dass die Suche einer neuen Arbeitsstelle gerade im Alter des Gesuchsgegners längere Zeit in Anspruch nehmen kann (vgl. den Artikel der Zeitschrift Beobachter "Arbeitslos über 50: Einmal draussen, immer draussen?", abrufbar auf: [www.beobachter.ch/arbeitslos-ueber-50\\_einmal-draussen-immer-draussen](http://www.beobachter.ch/arbeitslos-ueber-50_einmal-draussen-immer-draussen), zuletzt besucht am 03.11.2016). In seiner Berufungsschrift machte der Gesuchsgegner geltend, nur bis Ende Dezember 2016

Arbeitslosengelder zu erhalten. Aus der neuen Abrechnung von November 2016 (Urk. 95/1) ergibt sich, dass er zu jenem Zeitpunkt noch über einen Restanspruch von 55 Taggeldern verfügte. Damit ist mit dem Gesuchsgegner davon auszugehen, dass sein Anspruch auf Taggelder am 17. Februar 2017 ausläuft (Urk. 93 Ziff. 2). Aufgrund der langen Suche kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass es ihm möglich sein wird, bis zu diesem Zeitpunkt eine Stelle zu finden. Vielmehr ist ihm im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens erneut eine Frist von rund fünf Monaten zuzugestehen, das heisst bis Ende Juni 2017, um eine entsprechende Arbeitsstelle zu einem Pensum von 100% zu finden. Hinsichtlich der Höhe des erzielbaren Einkommens wird der Gesuchsgegner wohl gewisse Einkommenseinbussen hinnehmen müssen. Es rechtfertigt sich mit Blick auf die vorstehend dargelegten Schwierigkeiten des Gesuchsgegners bei der Stellensuche nicht, von einem Nettoeinkommen von Fr. 15'000.– auszugehen, was einem überdurchschnittlichen Einkommen einer Führungskraft im Finanzbereich entsprechen würde (vgl. die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz in Urk. 62 E. II/7.5.3.4 S. 29 f.). Das Einkommen des Gesuchsgegners war bereits seit November 2014 geringer als noch in den Vorjahren. Es ist notorisch, dass in der Finanzbranche gespart wird (vgl. hierzu auch die vom Gesuchsgegner eingebrachten Artikel in Urk. 82/1-4; vgl. auch den Artikel "... " in der NZZ vom 8. Dezember 2016, abrufbar auf [www.nzz.ch/...](http://www.nzz.ch/), zuletzt besucht am 12. Dezember 2016). Damit rechtfertigt es sich im vorliegenden Verfahren jedoch nicht, das zuletzt erzielte Erwerbseinkommen als unteren Anknüpfungspunkt zur Bestimmung des hypothetischen Einkommens festzulegen, wie dies die Vorinstanz tat. Viel-

- 24 - mehr ist dieses Einkommen gerade auch wegen der langen Arbeitslosigkeit des Gesuchsgegners als oberer Anknüpfungspunkt zu setzen. Damit wäre es dem Gesuchsgegner möglich, monatlich ein Nettoeinkommen von höchstens Fr. 10'000.– zu erzielen. Ein ähnliches Einkommen ergibt sich in Anwendung der Lohnberechnungsplattform des Bundes. Dabei muss vorliegend aufgrund der nunmehr schon längeren Arbeitslosigkeit des Gesuchsgegners davon ausgegangen werden, dass er keine obere Kaderposition mehr finden wird, sondern eine solche im unteren oder mittleren Kader. Im Bereich der Finanzdienstleistungen in der Region Zürich unter der Position des Gesuchsgegners "unteres Kader" und seines Alters ermittelt der Lohnrechner einen Zentralwert (Median) von Fr. 12'677.–. Es ist dabei jedoch vom Einkommen jener Arbeitnehmer auszugehen, welche 25% weniger verdienen als den Zentralwert (Median) und damit von brutto rund Fr. 11'000.–. Ein vergleichbarer Betrag ergibt sich aus dem Lohnbuch 2016 für die Positionen "Gruppenleiter" bis "mittleres Kader" für Finanzdienstleistungen (Durchschnitt von Fr. 9'778.– und Fr. 11'920.–; vgl. Mülhauser, Das Lohnbuch 2016, Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich [Hrsg.], S. 401). In seiner Eventualbegründung rechnet der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren mit einem erzielbaren Einkommen von netto Fr. 8'500.– (Urk. 61 S. 8). Dieser Betrag erscheint als angemessen. Wird von einem Einkommen von netto Fr. 8'500.– ausgegangen (was einem Bruttoeinkommen von rund Fr. 10'500.– entspricht), wird ausreichend berücksichtigt, dass die Gehälter in der Finanzbranche sanken sowie dass sich die lange Arbeitslosigkeit des Gesuchsgegners wohl einkommensreduzierend auswirken wird. Folglich ist davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner per 1. Juli 2017 eine Arbeitsstelle zu einem 100%-Pensum finden wird, bei welcher er monatlich netto Fr. 8'500.– erzielen kann.

- 25 -

#### **E. 4.3**

## Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit

### E. 4.3.1

Wie bereits erwähnt, anerkennt der Gesuchsgegner das ihm von der Vorinstanz angerechnete Einkommen in den Phasen I und II (vorstehend E. III/A.4.1.1). Die Gesuchstellerin macht dagegen geltend, die Vorinstanz habe in diesen Phasen zu Unrecht das Einkommen des Gesuchsgegners aus selbstständiger Erwerbstätigkeit nicht berücksichtigt. Dadurch, dass sie die schon im vorinstanzlichen Verfahren vorgelegenen Abschlüsse des Jahres 2015 nicht berücksichtigt habe, habe die Vorinstanz die Offizialmaxime krass falsch angewandt. Aus den vom Gesuchsgegner nunmehr selbst erstellen Bilanz- und Erfolgsrechnungen der F.\_\_\_\_\_ GmbH ergehe, dass diese im Jahr 2015 mit einem Gewinn von Fr. 3'061.24 schliesse. Bei der F.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ resultiere ein betrieblicher Ertrag von Fr. 67'528.– aus Lieferungen und Leistungen resultiert. Dem stehe ein angeblischer, lediglich behaupteter Aufwand von Fr. 30'612.71 gegenüber. Dieser werde bestritten. Davon bringe der Gesuchsgegner zusätzlichen Aufwand in Abzug und erhalte schliesslich nach zusätzlichem Abzug von Abschreibungen, Werbeaufwand und Reisespesen einen angeblichen Verlust von Fr. 13'545.50, der bestritten werde. Die Erträge von rund Fr. 70'000.– seien an das Einkommen des Gesuchsgegners der Phasen I und II anzurechnen, wodurch sich dieses jeweils um monatlich Fr. 5'500.– erhöhe (Urk. 69 Ziff. 2.1.6).

### E. 4.3.2

Der Gesuchsgegner hält dem entgegen, er habe bereits dargelegt und belegt, von Oktober 2015 bis März 2016 mit seinen beiden Firmen keine Umsätze mehr generiert zu haben (mit Verweis auf Urk. 61 S. 10 Ziff. 2.1.6). Auch die Kontoauszüge von April 2016 und Mai 2016 würden dasselbe Bild zeichnen. Sämtliche Unternehmensergebnisse/Bilanzen seien sodann nicht von ihm selbst erstellt worden, sondern von einem professionellen Treuhänder. So werde denn auch bestritten, dass die Bilanz der F.\_\_\_\_\_ GmbH für das Jahr 2015 nicht vollständig sein soll. Aus dieser ergebe sich zwar ein kleiner Ertrag, dies allerdings nur, da ein Fahrzeug aus der GmbH verkauft worden sei. Es habe im ganzen Jahr 2015 jedoch keine Geschäftstätigkeit bei der F.\_\_\_\_\_ GmbH bestanden. Mit der F.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ habe er bis Oktober 2015 in der Tat Einnahmen, Erlöse oder Umsätze in der Höhe von Fr. 67'528.– generiert. Dem seien jedoch die für eine

- 26 - Geschäftstätigkeit erforderlichen Aufwendungen, Ausgaben und Kosten gegenübergestanden, ohne die eine Geschäftstätigkeit erst gar nicht möglich gewesen wäre. Aufgrund eines höheren Aufwands im Verhältnis zu den Einnahmen sei der Verlust von Fr. 15'099.49 entstanden. Es könne ihm aus seiner selbstständigen Tätigkeit folglich kein Einkommen angerechnet werden (Urk. 74 Ziff. 4).

### E. 4.3.3

Der Gesuchsgegner ist Eigentümer des Einzelunternehmens F.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_, sowie einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der F.\_\_\_\_\_ GmbH. Entgegen der Behauptung der Gesuchstellerin hat die Vorinstanz die Geschäftsabschlüsse dieser Unternehmen vom 01.01.2015 bis 30.06.2015 berücksichtigt. Sie verwies auf den sich aus den Akten ergebenden Verlust von Fr. 13'600.95 und hielt fest, dass deshalb kein Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit anzurechnen sei (Urk. 62 E. II/7.5.3.2 S. 27). Dem ist ohne Weiterungen zuzustimmen. Eine Verletzung der Untersuchungsmaxime liegt nicht vor. Auch aus den vom Gesuchsgegner im Berufungsverfahren neu eingereichten Unterlagen

ergibt sich kein anrechenbares Einkommen. Bei der F.\_\_\_\_\_ GmbH resultieren die Erträge insbesondere aus "Veräusserung von betrieblichem Anlagevermögen" (Urk. 64/6), wodurch sich ein Jahresgewinn von Fr. 3'061.– ergab. Diesem Gewinn steht jedoch der Verlust des Einzelunternehmens F.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ von Fr. 15'099.50 gegenüber (Urk. 64/5). Der Gesuchstellerin kann nicht gefolgt werden, wenn sie dem Gesuchsgegner die gesamten Erträge im Umfang von rund Fr. 70'000.– anrechnen will, ohne Abzüge für Aufwandpositionen vorzunehmen. Es ist notorisch, dass beim Betrieb eines Einzelunternehmens Aufwandpositionen entstehen. So läuft beispielsweise denn auch ein Teil der Mietkosten des Gesuchsgegners über das Einzelunternehmen (vgl. Urk. 62 E. II/7.6.3.3 sowie Urk. 64/5 S. 6). Die Gesuchstellerin bringt denn auch keine substantiierten Bestreitungen zu den einzelnen Aufwandpositionen vor. Zudem darf nicht vergessen werden, dass das vorliegende Verfahren summarischer Natur ist. Es gilt, eine einstweilige Regelung für einen begrenzten Zeitraum zu treffen, wobei es genügt, die Tatsachen glaubhaft zu machen. Unter diesem Gesichtspunkt ist auf die vom Gesuchsgegner eingereichten Erfolgsrechnungen und Bilanzen abzustellen. Aus seiner selbstständigen Tätigkeit ist ihm für das Jahr 2015 kein Einkommen anzurechnen. Für das Jahr 2016 macht auch die Gesuchstellerin keine entsprechen-

- 27 - den Einkommen geltend (vgl. Urk. 69 S. 11 Ziff. 2.1.7). Aus den hierzu neu eingereichten Unterlagen des Gesuchsgegners ergibt sich sodann auch, dass sich an der diesbezüglichen Einkommenssituation zwischenzeitlich nichts geändert hat (vgl. Urk. 76/4-7).

#### **E. 4.4**

Vermögensertrag Der dem Gesuchsgegner von der Vorinstanz angerechnete Vermögensertrag von monatlich Fr. 500.– blieb unbestritten (vgl. Urk. 62 E. II/7.5.3.2 S. 27; Urk. 61 Ziff. II/2.1.7; Urk. 69 S. 11 Ziff. 2.1.7), weshalb dieser dem Gesuchsgegner während aller Phasen anzurechnen ist.

#### **E. 4.5**

Vermögensverzehr

##### **E. 4.5.1**

Ab 18. Februar 2017 erhält der Gesuchsgegner keine Arbeitslosenentschädigung mehr (vgl. vorstehend E. III/A.4.2.6 S. 22). Damit erzielt er neben dem Vermögensertrag von monatlich Fr. 500.– kein weiteres Einkommen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob zur Deckung des Familienunterhalts auf das Vermögen des Gesuchsgegners zu greifen ist.

##### **E. 4.5.2**

Die für die Unterhaltsberechnung massgeblichen wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten beurteilen sich in erster Linie nach deren Erwerbseinkommen und Vermögenserträgen. Wenn das eheliche Einkommen für die Bestreitung des gebührenden Familienunterhalts nicht ausreicht, haben die Ehegatten unter Umständen keinen Anspruch mehr darauf, ihr Vermögen zu schonen. Dann können sie für eine kurze Zeit aufgrund der Beistandspflicht gehalten sein, für die Bestreitung des Unterhalts der Familie ihr Vermögen anzugreifen. Es muss einem Ehegatten unter Umständen auch zugemutet werden, nicht liquides Vermögen zur Ausschöpfung von Kreditmöglichkeiten einzusetzen, z.B. ein Hypothekendarlehen aufzunehmen oder aufzustocken

(Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage 2010, N 03.140; ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 N 104; BK- Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 163 N 22). Ob und in welchem Umfang es als zumutbar erscheint, Vermögen für den laufenden Unterhalt einzusetzen, ist anhand sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen. Von Bedeutung

- 28 - hierfür sind insbesondere der bisherige Lebensstandard, der allenfalls zusätzlich eingeschränkt werden kann und muss, die Grösse des Vermögens und die Dauer, für die ein Rückgriff auf das Vermögen nötig sein wird (BGer 5P.472/2006 vom 15. Januar 2007, E. 3.2). In erster Linie ist der Familienunterhalt durch die Errungenschaft zu bestreiten. Nur in Ausnahmefällen ist es einem Ehegatten zumutbar, auf die Substanz des Eigenguts zurückzugreifen, wobei Vermögen grundsätzlich nicht zu berücksichtigen ist, wenn es nicht leicht realisierbar ist. Dies kann bei einem Vermögen der Fall sein, das durch Erbanfall erworben wurde (BGE 129 III 7 E. 3.1.2). Dies bedeutet aber nicht, dass die Substanz des Eigenguts stets unantastbar bleiben muss, auch dann nicht, wenn es ererbt wurde. Die güterrechtliche Zuordnung des Vermögens, welches angezehrt werden muss, ist somit nur ein Aspekt unter anderen, der in die Abwägung einzufließen hat. Ein Eingriff in die Substanz des Eigengutes ist damit nicht ausgeschlossen. Dies gilt umso mehr, als selbst Genugtuungsleistungen und Integritätsentschädigungen – zumindest während bestehender Ehe – nicht absolut geschützt bleiben (vgl. hierzu BGE 134 III 581 E. 3.5). Ein entsprechender Eingriff kann dann angemessen sein, wenn das Einkommen nicht ausreicht, um den Grundbedarf der Ehegatten auf tiefem Niveau zu decken, das Vermögen nicht von unbedeutender Grösse ist und es sich um eine vorübergehende Massnahme handelt (Hausheer/Spycher, a.a.O., N 03.146).

#### **E. 4.5.3**

Die Parteien verfügten Ende 2014 über ein steuerbares Vermögen von beinahe Fr. 1'300'000.– (Urk. 46/1). Im Rahmen des Ehevertrages gingen diverse Konti auf den Gesuchsgegner über (Urk. 21/3 Ziff. II), verblieben die Liegenschaft an der ... [Adresse], die Wohnung an der ...Strasse ... in ... Deutschland sowie die drei Fahrzeuge BMW Z3, Audi A6 und RVR Chimaera im Eigentum des Gesuchsgegners (Urk. 21/3 Ziff. IV und VI) und erfolgte eine Zahlung von Fr. 200'000.– von einem Sparkonto in seine Pensionskasse (Urk. 21/3 Ziff. VIII). Anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung am 9. Oktober 2015 erklärte er, auf Bankkonti über ein Vermögen von Fr. 430'000.– zu verfügen (Prot. I S. 31). Auch bestreitet der Gesuchsgegner nicht, monatliche Vermögenserträge im Umfang von Fr. 500.– zu erwirtschaften. Sodann führte er im vorinstanzlichen Verfahren zwar aus, sich einer Schadenersatzforderung seiner ehemaligen Arbeitgeberin

- 29 - gegenübergestellt zu sehen (vgl. Prot. I S. 32), kam in der Folge jedoch nicht mehr auf diese Aussage zurück. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, für die Deckung der Unterhaltsbeiträge der zwei Kinder für die Zeitspanne von 18. Februar 2017 bis 30. Juni 2017, das heisst für 4.5 Monate, auf das Vermögen des Gesuchsgegners zu greifen. In Anbetracht seines Vermögens ist es ihm zumutbar neben seinem eigenen Bedarf (vgl. nachfolgend E. III/A.7) für diese kurze Phase immerhin die Unterhaltsbeiträge an die Kinder zu leisten, welche – wie noch zu zeigen sein wird (E. III/A.8.3) – monatlich insgesamt Fr. 2'700.– betragen. Dagegen ist das Vermögen der Gesuchstellerin wesentlich geringfügiger als jenes des Gesuchsgegners (vgl. nachstehend E. III/A.5.3). Zudem erbringt sie die Pflege und Erziehung der Kinder, da diese nach wie vor bei der Gesuchstellerin wohnen. Ob der Gesuchsgegner seine Unterhaltspflicht schlussendlich durch den Verkauf

eines seiner Autos, von Wertschriften, eines Darlehens oder durch liquide Mittel erbringen will, steht ihm dabei frei.

#### **E. 4.6**

Überblick Einkommen des Gesuchsgegners Es ist von folgendem Nettoeinkommen des Gesuchsgegners auszugehen: von 08.01.2015 - 30.06.2015: Fr. 10'103.– + Fr. 500.– = Fr. 10'603.– von 01.07.2015 - 31.12.2015: Fr. 7'709.– + Fr. 500.– = Fr. 8'209.– von 01.01.2016 - 17.02.2017: Fr. 9'040.– + Fr. 500.– = Fr. 9'540.– von 18.02.2017 - 30.06.2017: Fr. 500.– = Fr. 500.– ab 01.07.2017: Fr. 8'500.– + Fr. 500.– = Fr. 9'000.–

#### **E. 5**

Einkommen der Gesuchstellerin

##### **E. 5.1**

Erwerbseinkommen

##### **E. 5.1.1**

Die Vorinstanz stellte auf Seiten der Gesuchstellerin fest, dass dieser die Erzielung eines Erwerbseinkommens nicht zumutbar und möglich sei. Die Gesuchstellerin habe ihre Erwerbstätigkeit im Jahr 1995 im Alter von 34 Jahren aufgegeben und ab dem Jahr 2010 lediglich in einem sehr bescheidenen Pensum in den Unternehmungen des Gesuchsgegners gearbeitet. Es sei von einer Ehe mit traditioneller Rollenverteilung auszugehen. Die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ sei-

- 30 - en mittlerweile volljährig und bedürften keiner eigentlichen Betreuung mehr. Der jüngste Sohn E.\_\_\_\_\_ sei mittlerweile 15 Jahre alt und besuche die Sekundarschule in I.\_\_\_\_\_. Der Gesuchstellerin wäre es damit unter dem Aspekt der zeitlichen Verfügbarkeit zumutbar, einer Teilzeiterwerbstätigkeit nachzugehen. Allerdings sei es den Parteien während der Ehe möglich gewesen, eine gewisse Sparquote zu bilden und der Gesuchsgegner sei grundsätzlich in der Lage, für die Bedarfe beider Parteien aufzukommen. Sodann sei zu berücksichtigen, dass die Gesuchstellerin zum Trennungszeitpunkt 53 Jahre alt und seit über 20 Jahren nicht mehr in ihrem angestammten Beruf tätig gewesen sei. Zudem würden auch die ins Recht gelegten Absagen auf zahlreiche Bewerbungen aufzeigen, dass die persönlichen Verhältnisse der Gesuchstellerin eine Stellensuche äusserst schwierig gestalten würden. Es sei ihr nicht möglich und zumutbar, für die Dauer des Eheschutzverfahrens eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die Gesuchstellerin grundsätzlich gut ausgebildet sei sowie kürzlich eine Weiterbildung absolviert habe (Urk. 62 E. II/7.5.4.6).

##### **E. 5.1.2**

Die Gesuchstellerin führt in ihrer Berufungsantwort aus, es sei ihr nach über 70 Absagen gelungen, eine Anstellung in einem 50% Pensum als kaufmännische Allrounderin per 1. April 2016 zu finden. Eine weitergehende Erhöhung des Arbeitspensums sei nicht möglich. Sie sei am tt. Mai 2016 55 Jahre alt geworden und seit über 20 Jahren nicht mehr in ihrem angestammten Beruf tätig gewesen. Sie verdiene monatlich netto Fr. 2'926.– exkl. Kinderzulagen (Urk. 69 Ziff. 2.2.2).

##### **E. 5.1.3**

Der Gesuchsgegner merkt an, dass die Gesuchstellerin inkl. Kinder- bzw. Ausbildungszulagen ein Einkommen von monatlich Fr. 3'426.– pro Monat erziele. Die

Gesuchstellerin werde ab September 2016 für C.\_\_\_\_\_ Ausbildungszulagen erhalten, wenn dieser sein Studium in Angriff nehmen werde. Es werde bestritten, dass die Gesuchstellerin ihr Einkommen nicht auf 100% erhöhen könne. Ihre erfolgreiche Stellensuche habe gerade gezeigt, dass sie arbeitsmarktfähig sei. Auf der Grundlage des eingereichten Arbeitsvertrages sei ihr ab dem 1. Dezember 2016 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 5'852.– zuzüglich der Kinder- resp. Ausbildungszulagen für alle drei Kinder in der Höhe von insgesamt Fr. 750.–, mit- hin gesamthaft Fr. 6'602.–, anzurechnen (Urk. 74 Ziff. 5.1).

- 31 -

#### **E. 5.1.4**

Nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis bestehen während der Dauer der Trennung im Sinne von Art. 175 ZGB die Ehebande und damit die gegenseitigen Beistands- und Unterstützungspflichten nach wie vor und bildet Art. 163 ZGB (und nicht Art. 125 ZGB) die Grundlage für die Festsetzung des Trennungsunterhalts (statt vieler BGE 140 III 337 E. 4.2.1; 137 III 385 E. 3.1). Dementsprechend ist bei der Regelung des Getrenntlebens bzw. bei der Festsetzung von ehelichen Unterhaltsbeiträgen nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB primär von der zwischen den Ehegatten vereinbarten Lastenverteilung auszugehen. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn – wie vorliegend – nicht mehr ernsthaft mit einer Wiederaufnahme des Zusammenlebens zu rechnen ist und die Eheschutzmassnahmen in erster Linie dazu dienen, die Zeit bis zur Scheidung zu regeln (BGE 138 III 97 E. 2.2; 137 III 385 E. 3.1; Six, Eheschutz, 2. Auflage, Rz 2.53). In solchen Fällen gewinnt neben der ehelichen Solidarität das Ziel der wirtschaftlichen Selbstständigkeit an Bedeutung, weshalb beim Entscheid über den ehelichen Unterhalt während der Dauer der Trennung auch die für den nachehelichen Unterhalt geltenden Kriterien von Art. 125 ZGB miteinzubeziehen sind (BGE 128 III 65 E. 4.a; 137 III 385 E. 3.1; 138 III 97 E. 2.2; BGer 5A\_298/2015 vom 30. September 2015, E. 3.1). Wie das Wort "miteinzubeziehen" bereits zum Ausdruck bringt, bedeutet dies jedoch nicht, dass in einem solchen Fall ausschliesslich die Kriterien von Art. 125 ZGB zur Anwendung gelangen und die Festsetzung der ehelichen Unterhaltsbeiträge nach Art. 176 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 163 ZGB durch die zu erwartende nacheheliche Unterhaltsregelung resp. die entsprechenden Überlegungen präjudiziert wird. Im Eheschutzverfahren soll insbesondere nicht der Entscheid über den nachehelichen Unterhalt vorweggenommen werden. Vielmehr ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang einem Ehegatten im Lichte dieser Kriterien allenfalls schon während der Dauer der Eheschutzmassnahmen eine (Wieder-)Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit und damit die Erzielung eines eigenen oder höheren Erwerbseinkommens zuzumuten ist (BGE 138 III 97 E. 2.2; 137 III 385 E. 3.1; 130 III 537 E. 3.2; Six, a.a.O., Rz 2.54 und Rz 2.158). Dadurch erhält der betroffene Ehegatte den Schutz, den ihm die Ehe bietet. Auf der anderen Seite trifft ihn aber auch die Pflicht, sich im Rahmen des Zumutbaren auf die absehbare Auflösung der Ehe vorzubereiten (Hausheer/Spycher [Hrsg.], Handbuch des

- 32 - Unterhaltsrechts, 2. Auflage 2010, Rz 04.62; OGer ZH LE150071 vom 10.02.2016, E. III/4). Die Verpflichtung zur Erzielung eines eigenen oder höheren Erwerbseinkommens ergibt sich im Übrigen auch bereits aus Art. 163 ZGB, indem einerseits für die Finanzierung von zwei Haushalten höhere Kosten anfallen und andererseits für den haushaltsführenden Ehegatten der bisherige Beitrag an die gemeinsamen Lasten (unter Vorbehalt von Erziehungspflichten) wegfällt, wenn neu jeder Teil einen eigenen Haushalt führt. Dies bedeutet normalerweise gleichzeitig, dass Kapazitäten für die (Wieder-)Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit frei werden, soweit nicht Kinder zu betreuen sind,

weshalb sich der bisher haushaltsführende Ehegatte nicht unbeschränkt auf die seinerzeit vereinbarte Rollenteilung berufen kann, zumal diese stillschweigend unter dem Vorbehalt gleich bleibender Verhältnisse steht (vgl. BGer 5A\_122/2011 vom 9. Juni 2011, E. 4). Es gilt nach wie vor der Grundsatz, dass dem bislang nicht erwerbstätigen (gesunden und von Erziehungspflichten befreiten) Ehegatten die Aufnahme einer Erwerbsarbeit bis zum vollendeten 45. Altersjahr zumutbar ist, wobei es sich dabei nicht um eine starre Regel handelt, sondern um eine Richtlinie (so schon BGE 115 II 6 E. 5a) und eine Tendenz besteht, die Alterslimite auf 50 Jahre anzuheben (BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2 m.w.H.). Wie schnell und wie kategorisch sich der Ehegatte in den Arbeitsprozess eingliedern muss, hängt stark von den finanziellen Verhältnissen ab. Sodann ist von entscheidender Bedeutung, ob es sich um den beruflichen (Wieder-)Einstieg nach jahrelangem Erwerbsunterbruch oder bloss um die Ausdehnung einer bereits bestehenden Erwerbstätigkeit handelt. So kann die Ausdehnung der Erwerbsarbeit allenfalls auch einer älteren Person zumutbar sein (vgl. BGer 5A\_206/2010 vom 21. Juni 2010, E. 5, betreffend eine 54-jährige Frau, die während der gesamten Ehedauer berufstätig war und sich zudem auf ihrem Beruf weiterbildete). Aus dem Ausgeführten zeigt sich, dass stets die konkreten Verhältnisse des Einzelfalles massgebend sind (vgl. BGer 5A\_21/2012 vom 3. Mai 2012 und E. 3.3; OGer ZH LE150008 vom 26.10.2015, E. III/4.1), unter denen neben der Dauer der Ehe, der gelebten Aufgabenverteilung, der zeitlichen Verfügbarkeit, dem Alter, der Ausbildung, der Berufserfahrung und der gesundheitlichen Verfassung insbesondere auch die aktuelle finanzielle Lage der Partei-

- 33 - en von entscheidender Bedeutung ist (vgl. Six, a.a.O., Rz 2.158). Es handelt sich um einen Ermessensentscheid im Sinne von Art. 4 ZGB, bei welchem dem Gericht ein weites Ermessen zukommt (vgl. BGE 134 III 577 E. 4; BGer 5A\_766/2012 vom 14. Februar 2013, E. 4.3.3; 5A\_565/2015 vom 24. November 2015, E. 2.2).

#### **E. 5.1.5**

Erwerbseinkommen ab 1. April 2016 Der Gesuchstellerin ist es gelungen, eine Arbeitsstelle zu einem Pensum von 50% zu finden. Sie verdient seit 1. April 2016 monatlich Fr. 2'926.90 (vgl. Urk. 73/3; exkl. Kinderzulagen). Einen 13. Monatslohn erhält sie nicht (vgl. Urk. 71/2 S. 3 Ziff. 3.1). Damit ist auf Seiten der Gesuchstellerin ab 1. April 2016 von einem monatlichen Einkommen von Fr. 2'926.90 auszugehen.

#### **E. 5.1.6**

Hypothetisches Erwerbseinkommen Am tt.mm.2016 wurde das jüngste Kind der Parteien 16 Jahre alt. Das Bundesgericht hat in ständiger Rechtsprechung die Richtlinie aufgestellt, dass dem betreuenden Elternteil die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im Umfang von 50% zumutbar ist, sobald das jüngste Kind zehnjährig ist, und im Umfang von 100%, sobald das jüngste Kind sechzehnjährig ist (bestätigt in: BGer 5A\_825/2013 vom 28. März 2014, E. 7.3.2). Folglich stellt sich vorliegend die Frage, ob der Gesuchstellerin seit dem 1. Dezember 2016 – wie dies der Gesuchsgegner beantragt (Urk. 74 Ziff. 5.1) – ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist. Für die Zumutbarkeit der Aufstockung der Erwerbstätigkeit der Gesuchstellerin spricht, dass sie unbestrittenermassen gesund ist und ihr keine Kinderbetreuungspflichten mehr obliegen, welche einer 100%igen Arbeitstätigkeit entgegen stehen würden. Dass neben E.\_\_\_\_\_ auch seine volljährigen Geschwister C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ in ihrem Haushalt leben, ändert daran nichts. Auch hat sie keinen gemeinsamen ehelichen Haushalt mehr zu führen. Sie verfügt über eine

kaufmännische Ausbildung (vgl. Urk. 24/2: berufsbegleitendes kaufmännisches Studium Abschluss: Handelsfachwirt/IHK [Industrie- und Handelskammer ...]) und hat während des Zusammenlebens eine Zusatzausbildung absolviert (berufsbegleitende Ausbildung im Personalwesen, Abschluss: Zertifizierte Sachbearbeiterin

- 34 - Personal edupool.ch/KV Schweiz, vgl. Urk. 24/2). Sie arbeitete ab dem Jahr 2010 – wenn auch nur in einem bescheidenen Pensum von 10% – in der Einzelfirma des Gesuchsgegners (Urk. 24/2 S. 1; Prot. I S. 16) und es ist ihr – entgegen der Annahme der Vorinstanz – seit Erlass des vorinstanzlichen Entscheids gelungen, eine Arbeitsstelle zu einem Pensum von 50% zu finden (vgl. vorstehend E. III/A.5.1.5). Es steht damit nicht ein beruflicher (Wieder-)Einstieg nach langjährigem Erwerbsunterbruch, sondern bloss die – im Allgemeinen eher zumutbare – Ausdehnung einer bereits bestehenden Erwerbstätigkeit zur Diskussion. Diese Umstände böten durchaus Anlass, die Zumutbarkeit einer erweiterten Erwerbstätigkeit in Betracht zu ziehen. Auf der anderen Seite ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Parteien seit mehr als zwanzig Jahren verheiratet sind, die Gesuchstellerin die drei gemeinsamen Kinder betreut und den Haushalt besorgt hat. Ihre Erwerbstätigkeit hatte sie aufgegeben. Erst ab dem Jahr 2010 war sie in einem bescheidenen Pensum von 10% in der Einzelfirma des Gesuchsgegners tätig. Es kann damit – mit der Vorinstanz – von einer klassischen Rollenteilung ausgegangen werden. Sodann war die Gesuchstellerin im Zeitpunkt der Trennung bereits über 53-jährig und wird im Mai 2017 56 Jahre alt. Damit hat sie ein Alter erreicht, für welches das Bundesgericht im Falle einer lebensprägenden "reinen Hausgattenehe" gemäss der vorstehend wiedergegebenen Rechtsprechung die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit in der Regel als nicht zumutbar erachtet. Zwar ist die höchstrichterlich definierte Altersgrenze, die bloss als Richtwert zu verstehen ist, bei Vorliegen einer Zuverdienstehe nicht oder nur in beschränktem Umfang zu berücksichtigen (BGer 5A\_206/2010 vom 21. Juni 2010, E. 5.3.4 mit weiteren Hinweisen), allerdings beschränkte sich der Zuverdienst vorliegend auf ein 10%-Pensum. Ins Gewicht fällt schliesslich insbesondere, dass nicht der naheheliche Unterhalt, sondern im Rahmen des Eheschutzverfahrens der (eheliche) Trennungsunterhalt festzusetzen ist. Die eheliche Beistands- und Treuepflicht dauert an und entfaltet in unterhaltsrechtlicher Hinsicht weiterhin Wirkungen. Entsprechend ist insbesondere auch die von den Parteien vereinbarte Rollenverteilung zu berücksichtigen. Es sprechen damit Gründe für und gegen die Zumutbarkeit einer Aufstockung der Erwerbstätigkeit. Unter Würdigung der dargelegten Grundsätze (E. III/A.5.1.4) und

- 35 - der Gesamtumstände (insbesondere der gelebten klassischen Rollenverteilung) überwiegen für die Kammer die Gründe, die gegen die Ausweitung des Arbeitspensums und die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sprechen. Es ist der Gesuchstellerin mit Blick auf die Festsetzung des Trennungsunterhalts gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB nicht zuzumuten, ihr derzeitiges Arbeitspensum von 50% auszuweiten. Dies umso weniger, als ihr bereits heute ein Einkommen angerechnet wird, welches betragsmässig wesentlich über demjenigen liegt, welches sie in den letzten Jahren vor der Trennung erzielt hat. Sie hat ihre Erwerbstätigkeit seit der Trennung bereits gesteigert – und dies obwohl die Vorinstanz zum Schluss kam, dass die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit seitens der Gesuchstellerin nicht möglich und nicht zumutbar sei. Im Ergebnis ist der Gesuchstellerin kein hypothetisches Einkommen anzurechnen, welches das derzeit erzielte Einkommen bei einem Pensum von 50% übersteigt. Anders zu entscheiden und der Gesuchstellerin bereits heute eine Ausweitung der Erwerbstätigkeit zuzumuten hiesse, den Entscheid betreffend

nachehelichen Unterhalt schon im Eheschutzverfahren vorwegzunehmen. Damit kann offenbleiben, ob und in welchem Ausmass eine Aufstockung des Arbeitspensums in tatsächlicher Hinsicht überhaupt möglich wäre.

## **E. 5.2**

Arbeitslosenentschädigung für den Zeitraum 08.01.2015 bis 31.03.2016

### **E. 5.2.1**

Die Vorinstanz rechnete der Gesuchstellerin kein Einkommen aus einer allfälligen Arbeitslosenentschädigung an. Sie hielt dazu fest, dass die Gesuchstellerin kein solches bezogen habe. Ob ihr eine Entschädigung zugestanden hätte, sei im vorliegenden Verfahren nicht abschliessend zu beurteilen. In Anbetracht des sehr geringen Einkommens der Gesuchstellerin und den daraus resultierenden noch geringeren Taggeldzahlungen, falls ein diesbezüglicher Anspruch überhaupt bestanden hätte, erscheine es jedenfalls vorliegend nicht gerechtfertigt, der Gesuchstellerin eine hypothetische Arbeitslosenentschädigung anzurechnen (Urk. 62 E. II/7.5.4.7).

### **E. 5.2.2**

Der Gesuchsgegner hält im Berufungsverfahren an der Anrechnung einer hypothetischen Arbeitslosenentschädigung fest. Die Gesuchstellerin habe ein

- 36 - jährliches Nettoeinkommen von Fr. 15'750.- verdient, weshalb ihr ab dem 8. Januar 2015 bis zum Stellenantritt am 1. April 2016 auch eine hypothetische Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 1'050.- angerechnet werden könne (Urk. 61 Ziff. II/2.2.3).

### **E. 5.2.3**

Dem entgegnet die Gesuchstellerin, dass ihr keine Entschädigung auf Arbeitslosengelder in der Zeit von 8. Januar 2015 bis 31. März 2016 zugestanden habe. Sie habe vor der Trennung lediglich ein Einkommen von monatlich Fr. 600.- erzielt, was einem Pensum von 10% entspreche. Arbeitslosengelder erhalte man aber erst ab einer Beschäftigung mit einem Pensum von 20% (Urk. 69 Ziff. 2.2.3).

### **E. 5.2.4**

Der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens kommt kein pönaler Charakter zu. Für eine Anrechnung muss eine reale Möglichkeit zur Einkommenssteigerung bestehen, denn niemand kann dazu verpflichtet werden, Leistungen zu erbringen, die er objektiv nicht zu erzielen vermag. Dies hiesse, von dieser Person Unmögliches zu verlangen. Folglich ist eine rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens grundsätzlich nicht zulässig (BGer 5P.95/2003 vom 28. April 2003, E. 2.3; KUKO-ZGB-Fankhauser, Art. 163 N 9). In BGer 5A\_795/2008 vom 2. März 2010 hat das Bundesgericht für rückwirkende Unterhaltsbeiträge dagegen festgehalten, dass bei einem freiwilligen Verzicht auf eine Arbeitslosenentschädigung der verzichtenden Ehegattin die versäumte Arbeitslosenentschädigung angerechnet werden könne. Entscheidend sei dabei nicht nur die Freiwilligkeit, mit der die Ehegattin ihre Einkommenssituation aufs Spiel gesetzt habe, sondern auch der Umstand, dass es sich um eine beschränkte und ohnehin bereits abgeschlossene Zeitspanne handle und sie diese Periode offensichtlich wirtschaftlich zu überstehen vermocht habe (E. 4.5; vgl. zum Ganzen auch OGer ZH LE140026 vom 14.11.2014, E. 5.4 ff.).

### E. 5.2.5

Der Gesuchsgegner will auf Seiten der Gesuchstellerin vom 8. Juni 2015 bis 31. März 2016 eine hypothetische Arbeitslosenentschädigung im Umfang von Fr. 1'050.– angerechnet wissen. In Bezug auf das für eine Anspruchsberechtigungsrelevante Einkommen setzt er sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen nicht ausreichend auseinander. Er behauptet lediglich, das Einkommen der Ge-

- 37 - suchstellerin habe Fr. 15'750.– betragen. Die Vorinstanz hat aber klar aufgezeigt, dass sie von diesem Einkommen die Kinderzulagen im Umfang von monatlich Fr. 750.– abzog, wodurch sich ein Nettoeinkommen der Gesuchstellerin von etwas mehr als Fr. 500.– ergab (Urk. 62 E. II/7.5.4.7). Zu berücksichtigen bleibt aber, dass selbst bei einem geringfügigen Einkommen von netto Fr. 500.– ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehen kann (Art. 23 AVIG i.V.m. Art. 40 AVIV; vgl. hierzu auch Urk. 46/13). Für die Behauptung der Gesuchstellerin, dass Arbeitslosengelder nur bei einem Pensum ab 20% ausbezahlt würden, findet sich dagegen keine Grundlage. Eine solche legt die Gesuchstellerin denn auch nicht dar. Im vorliegenden Verfahren blieb zwar unbestritten, dass die Gesuchstellerin keine Arbeitslosenentschädigung ausbezahlt erhielt, obwohl sie sich im August 2015 beim RAV angemeldet hat (vgl. Prot. I S. 38; Urk. 40/5). Bestritten ist jedoch, dass dies auf das geringfügige Einkommen der Gesuchstellerin zurückzuführen ist. Bei der Berechnung des Einkommens der Gesuchstellerin im Jahr 2012 sind entgegen der Ansicht der Vorinstanz vom aus dem Lohnausweis ersichtlichen Nettoeinkommen der Gesuchstellerin nicht Kinderzulagen im Umfang von Fr. 750.–, sondern lediglich solche im Umfang von Fr. 700.– abzuziehen. Der jüngste Sohn E.\_\_\_\_\_ erhält erst seit dem vollendeten 12. Altersjahr, d.h. ab 1. Dezember 2012 einen Betrag von monatlich Fr. 250.– (vgl. hierzu auch Urk. 51/1). Das Nettoeinkommen der Gesuchstellerin betrug im Jahr 2012 monatlich Fr. 562.50 (Fr. 15'200.– - [11 × Fr. 700.– + 1 × Fr. 750.– Kinderzulagen]; vgl. Urk. 46/15/1), im Jahr 2013 und 2014 Fr. 562.50 (Fr. 15'750.– - [12 × Fr. 750.– [Kinderzulagen]]; vgl. Urk. 46/15/2-3) und damit durchschnittlich mehr als Fr. 500.– (Art. 23 AVIG i.V.m. Art. 40 AVIV). Aus den Lohnausweisen lässt sich zudem schliessen, dass Sozialabzüge vorgenommen wurden (vgl. Urk. 46/15: Fr. 450.– entsprechen 6.2% Abzüge auf Fr. 7'250.– [Fr. 15'650.– abzüglich Kinderzulagen von jährlich Fr. 8'400.–]; die obligatorischen Abzüge betragen in den Jahren 2012 bis 2014 5.15% (AHV/IV/EO) + 1.1% (ALV; bei Einkommensteile bis Fr. 126'000.–), wodurch die Beitragszeit von zwölf Monaten innert der dafür vorgesehenen Rahmenfrist (1. Januar 2012 bis 31. Dezember 2014) gemäss Art. 9 Abs. 3 AVIG erfüllt wurde (Art. 13 Abs. 1 AVIG). Gegenteilig behauptet die Gesuchstellerin je-

- 38 - denfalls nicht. Damit hätte die Gesuchstellerin die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 1 lit. a bis f AVIG erfüllt. Dass ihr trotzdem keine Arbeitslosenentschädigung ausbezahlt wurde, muss auf anderen Umständen gründen, welche die Gesuchstellerin jedoch nicht vorbrachte. Auch unterliess sie es, einen Entscheid einzureichen, wonach ihr tatsächlich kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zukommt. Einen solchen einzureichen, wäre für sie aber ein Leichtes gewesen. Nachdem ihrem Lohn während zwei Jahren die entsprechenden Abzüge abgerechnet wurden, musste der Gesuchstellerin klar sein, dass sie als ehemalige Arbeitnehmerin Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gehabt hätte und sich dafür beim RAV hätte melden müssen. Hat sie auf dieses Ersatzeinkommen freiwillig verzichtet, so muss sie die Folgen dieses Verzichtes selbst tragen und sind ihr die versäumten Arbeitslosenentschädigungen für den abgeschlossenen Zeitraum

anzurechnen. Die Arbeitslosenentschädigung wird als Taggeld ausgerichtet (Art. 21 AVIG). Die Höchstzahl der Taggelder beträgt für die Gesuchstellerin 400 Tage (Art. 27 Abs. 2 lit. b AVIG). Diese Höchstzahl hätte sie bei Stellenantritt am 1. April 2016 noch nicht erreicht, weshalb sie bis dann eine Entschädigung seitens der Arbeitslosen- kasse erhalten hätte. Ein volles Taggeld beträgt 80% des versicherten Verdiens- tes (Art. 22 Abs. 1 AVIG) und dieser bemisst sich nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (Art. 37 Abs. 1 AVIV). Die Gesuchstellerin verdiente von Juni bis Dezember 2014 durchschnittlich Fr. 600.– brutto ((Fr. 16'200 - 12 × Fr. 750.–)/12; vgl. Urk. 46/15/ 3). Die Gesuchstellerin hätte folglich eine Arbeitslosenentschädigung von monat- lich rund Fr. 430.– (80% von Fr. 600.– abzüglich Sozialversicherungsbeiträgen von geschätzt 10%) erhalten. Diese nicht eingeforderte Entschädigung ist ihr für den Zeitraum 1. Januar 2015 bis 31. März 2016 anzurechnen.

- 39 -

### **E. 5.3**

Vermögensertrag

#### **E. 5.3.1**

Der Gesuchsgegner kritisiert im Rahmen seiner Berufung, dass nur ihm, nicht aber der Gesuchstellerin ein Vermögensertrag von Fr. 500.– angerechnet wurde. Die Gesuchstellerin habe mit dem Vollzug des öffentlich beurkundeten Ehevertrages vom 10. Dezember 2014 Fr. 250'000.– ausbezahlt erhalten (zuzüg- lich weiterer Fr. 100'000.–, welche direkt in eine Pensionskasse einbezahlt wer- den sollten, und einer Lebensversicherung mit einem Rückkaufswert von ca. Fr. 20'000.–; Urk. 61 S. 12 Ziff. 2.2.4).

#### **E. 5.3.2**

Hierzu lässt die Gesuchstellerin ausführen, sie habe, nachdem der Ge- suchsgegner nur marginale Unterhaltszahlungen für die Kinder geleistet habe (Fr. 24'273.– an sie selber und Fr. 15'977.– an die volljährigen Kinder), auf ihr Vermögen zurückgreifen müssen. Den vom Gesuchsgegner erwähnten Ehever- trag habe sie zudem wegen Irrtums, Täuschung und Übervorteilung angefochten und gleichzeitig Sittenwidrigkeit geltend gemacht. Von den erwähnten Fr. 250'000.– habe sie im Oktober 2015 zudem noch maximal Fr. 150'000.– ge- habt. Demgegenüber habe der Gesuchsgegner liquides Vermögen von Fr. 430'000.– angegeben. Gemäss Steuererklärung 2014 habe er ein solches von über Fr. 1 Mio., sodass die ihm angerechneten Fr. 500.– Vermögensertrag pro Monat angemessen seien. Ebenfalls zutreffend sei die Annahme der Vorinstanz, dass sie keinen Vermögensertrag erziele.

#### **E. 5.3.3**

Die Gesuchstellerin erklärte bereits vor Vorinstanz im Rahmen der Ver- handlung vom 9. Oktober 2015 – nach der Übertragung der Fr. 250'000.– gestützt auf den Ehevertrag (Urk. 24/1) – noch über ein Vermögen von Fr. 150'000.– ver- fügt zu haben (Prot. I S. 26). Die Höhe dieses Vermögens wurde vor Vorinstanz nicht bestritten. Mit seiner Bestreitung des von der Gesuchstellerin angegebenen Vermögens ist der Gesuchsgegner unter Hinweis auf Art. 317 ZPO im Berufungs- verfahren deshalb nicht mehr zu hören. Damit ist von höchstens einem Vermögen der Gesuchstellerin von Fr. 150'000.– auszugehen. Dieses Vermögen liegt auf dem einzigen Konto der Gesuchstellerin bei der CS (Urk. 17/34-35; vgl. Prot. I S. 38). Es ist notorisch, dass die Gesuchstellerin mit dieser Anlage bei den zurzeit

- 40 - bestehenden Zinsen keine nennenswerte Rendite erzielen kann. Dass die Gesuchstellerin das Vermögen entsprechend anlegen müsste und damit von einem hypothetischen Vermögensertrag auszugehen wäre, macht der Gesuchsgegner zu Recht nicht geltend. Notorisch ist nämlich, dass mit sicheren Anlagen wie Sparkonti, Festgeldanlagen oder Kassen-/Bundesobligationen in der derzeit herrschenden Finanzlage lediglich geringfügige Renditen erzielbar sind. Unter Berücksichtigung des aktuellen wirtschaftlichen Umfeldes sowie des Umstandes, dass von der Gesuchstellerin eine spekulative Anlage nicht erwartet werden kann, rechtfertigt es sich vorliegend nicht, ihr einen Vermögensertrag anzurechnen.

#### **E. 5.4**

Einkommen der Tochter D. \_\_\_\_\_

##### **E. 5.4.1**

Mit Eingabe vom 22. November 2016 stellte der Gesuchsgegner die Behauptung auf, dass die volljährige Tochter D. \_\_\_\_\_ seit August 2016 über ein monatliches Nettoeinkommen von ca. Fr. 800.– verfüge (Urk. 86 Ziff. 4).

##### **E. 5.4.2**

Die Gesuchstellerin führt aus, dass D. \_\_\_\_\_ seit August 2016 ein Praktikum mache. Sie habe im August 2016 Fr. 255.90 verdient und im September 2016 Fr. 793.45. D. \_\_\_\_\_ habe aber ausserordentlich hohe Fixkosten, da sie eine ...- Ausbildung an einer Schule für ... absolviere. Dies bedeute, dass sie teilweise mehr als 12 Stunden ausser Hause sei und nach der reduzierten Arbeitszeit die Trainingszeit beginne, was einen erhöhten Bedarf von Essensgeld nach sich ziehe. Ausserdem bedinge das viele Training einen enormen Verschleiss von ... [Material] und ähnlichem (Urk. 91 Ziff. 4).

##### **E. 5.4.3**

Der Gesuchsgegner will das Einkommen der Tochter D. \_\_\_\_\_ im vollen Umfang von rund Fr. 800.– netto anrechnen (Urk. 86 Ziff. 4; Urk. 93 Ziff. 4). Die Gesuchstellerin bestreitet das Einkommen von Fr. 800.– nicht, sie bestätigt vielmehr, dass D. \_\_\_\_\_ dieses Einkommen zumindest im September 2016 erreicht habe. Die Vorinstanz berücksichtigte seitens D. \_\_\_\_\_ Schulkosten im Umfang von Fr. 150.– im Existenzminimum sowie Fr. 600.– für die Position "... D. \_\_\_\_\_" im erweiterten Bedarf (Urk. 62 E. 7.6.2.11). Darin enthalten sind keine Kosten für die auswärtige Verpflegung und den Materialverschleiss. Diesbezügliche Kosten behauptet die Gesuchstellerin jedoch, was vom Gesuchsgegner nicht bestritten

- 41 - wurde (Urk. 93 Ziff. 4). Vor diesem Hintergrund hat die Gesuchstellerin D. \_\_\_\_\_ anzuhalten, ihr vom erzielten Einkommen die Hälfte, das heisst monatlich Fr. 400.– abzugeben. Dadurch erhöht sich das monatliche Einkommen der Gesuchstellerin ab September 2016 um Fr. 400.–.

#### **E. 5.5**

Überblick Einkommen der Gesuchstellerin Resümierend ist damit von folgendem Nettoeinkommen der Gesuchstellerin auszugehen: vom 08.01.2015 - 31.03.2016: Fr. 430.– vom 01.04.2016 - 31.08.2016: Fr. 2'930.– vom 01.09.2016 - 30.06.2017: Fr. 2'930.– + Fr. 400.– = Fr. 3'330.– ab 01.07.2017: Fr. 2'930.– + Fr. 400.– = Fr. 3'330.–

#### **E. 6**

Bedarf der Gesuchstellerin und der Kinder

### **E. 6.1**

Der Gesuchsgegner bestreitet generell, dass von einem erweiterten Grundbedarf ausgegangen werden könne, da das Einkommen der Parteien nicht zu dessen Deckung ausreiche. Zudem wendet er sich ab dem 1. Juli 2015 gegen die von der Vorinstanz berücksichtigte Position "Mobilität E. \_\_\_\_\_" sowie nach Volljährigkeit von D. \_\_\_\_\_ bzw. ab dem 1. Dezember 2015 gegen die Berücksichtigung von derselben im Bedarf der Gesuchstellerin (Urk. 61 Ziff. 2.3). Die Gesuchstellerin beantragt mit ihrer Berufungsantwort die Berücksichtigung von Fahrkosten auch im Existenzminimum von Fr. 200.– sowie ab dem 1. April 2016 von Fr. 795.– (Urk. 69 S. 15 f.).

- 42 -

### **E. 6.2**

Es ist von folgendem Bedarf auszugehen: Bedarfspositionen der Gesuchstellerin  
Existenzmini- Erweiterter mit zwei Kindern mum (Fr.) Grundbedarf (Fr.) Grundbetrag  
1'350.– 1'350.– Kinderzuschlag D. \_\_\_\_\_ 600.– 600.– Kinderzuschlag E. \_\_\_\_\_ 600.– 600.–  
Wohnkosten 307.– 307.– Hausrat-/Haftpflichtversicherung 38.– 38.– Reiseversicherung 0.–  
11.– Rechtsschutzversicherung 0.– 27.– KVG Gesuchstellerin 345.– 345.– VVG  
Gesuchstellerin 0.– 170.– Franchise/Selbstbehalt Gesuchstellerin 62.– 62.– Sehhilfe  
Gesuchstellerin 0.– 73.– KVG D. \_\_\_\_\_ 88.– 88.– VVG D. \_\_\_\_\_ 0.– 42.– Selbstbehalt  
D. \_\_\_\_\_ 4.– 4.– KVG E. \_\_\_\_\_ 71.– 71.– VVG E. \_\_\_\_\_ 0.– 44.– "PTT" (Telefon, Radio,  
TV) 150.– 150.– Fahrzeugkosten bzw. öffentlicher Verkehr ■ vom 08.01.2015 bis  
31.03.2016 0.– 200.– ■ ab 01.04.2016 124.– 200.– Auswärtige Verpflegung 0.– 0.–  
Schulkosten D. \_\_\_\_\_ 150.– 150.– ... D. \_\_\_\_\_ 0.– 600.– Mobilität D. \_\_\_\_\_ 65.– 65.–  
Mobilität E. \_\_\_\_\_ 65.– 65.– Auslagen Hund 0.– 80.– Steuern 0.– 1'200.– abzüglich  
Kinderzulagen (2x Fr. 250.–) – 500.– – 500.– Total Bedarf: ■ vom 08.01.2015 bis  
31.03.2016 3'395.– 5'842.– ■ ab 01.04.2016 3'519.– 5'842.–

- 43 -

#### **E. 6.2.1**

In Bezug auf die generelle Bestreitung des erweiterten Grundbedarfes der Parteien durch den Gesuchsgegner ist festzuhalten, dass diese lediglich mit der Begründung des mangelnden Einkommens erfolgte. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, kann der erweiterte Bedarf der Parteien zumindest in den Phasen 5, 6 und 8 gedeckt werden. Die einzelnen Positionen des von der Vorinstanz berechneten erweiterten Bedarfes wurden nicht gerügt, weshalb diese ohne Weiterungen übernommen werden können.

#### **E. 6.2.2**

Entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners ist D. \_\_\_\_\_ weiterhin im Bedarf der Gesuchstellerin zu berücksichtigen. Die gemeinsame Tochter D. \_\_\_\_\_ wurde am tt.mm.2015 volljährig. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausführte, kann im Falle, dass die Volljährigkeit eines Kindes während des Verfahrens eintritt, der Unterhalt für das volljährige Kind – unter Vorbehalt einer gegenteiligen Willensäußerung des Kindes – weiterhin in diesem Verfahren und über die Volljährigkeit hinaus festgelegt werden (vgl. Urk. 62 E. II/7.4). Von einer stillschweigenden Zustimmung des inzwischen Volljährigen kann dabei nur bei entsprechender Information bzw. Konsultation bezüglich den ihn betreffenden Unterhaltsantrag ausgegangen werden (BGE 129 III 55 E. 3.1.5, vgl. auch E.

3.2; Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz 06.37). Nachdem der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren geltend gemacht hatte, sich mit D.\_\_\_\_\_ einvernehmlich über die Unterhaltsbeiträge geeinigt zu haben (Urk. 61 S. 15 Ziff. 2.4.3 und Urk. 74 S. 11 Ziff. 6.3) und dies von der Gesuchstellerin bestritten wurde (Urk. 69 S. 15), wurde Letzterer mit Verfügung vom 14. November 2016 eine Frist angesetzt, um eine entsprechende ausdrückliche Willenserklärung von D.\_\_\_\_\_ einzureichen (Urk. 85). Dem kam die Gesuchstellerin unter Einreichung von Urk. 89 nach. Folglich ist D.\_\_\_\_\_ auch nach ihrer Volljährigkeit im Bedarf der Gesuchstellerin zu berücksichtigen. Mit Ausnahme der nachfolgenden Ergänzungen sind die von der Vorinstanz festgesetzten Bedarfspositionen in Bezug auf D.\_\_\_\_\_ ohne Weiterungen zu übernehmen, da der Gesuchsgegner sich in seiner Berufungsschrift mit den entsprechenden Erwägungen nicht auseinandergesetzt hat.

- 44 -

### **E. 6.2.3**

Der Gesuchsgegner beantragt die Streichung der Position "Mobilität E.\_\_\_\_\_" ab dem 1. Juli 2015, da dieser in I.\_\_\_\_\_ zur Schule gehe und dort auch seinen Sport treibe (Urk. 61 Ziff. 2.3.2). Im vorinstanzlichen Verfahren war bereits bekannt, dass E.\_\_\_\_\_ die örtliche Sekundarschule besuchen wird (vgl. Urk. 17/12a). Trotzdem anerkannte der Gesuchsgegner den von der Gesuchstellerin geltend gemachte Betrag für "Zugabo" im Umfang von Fr. 62.25 pro Monat (vgl. Urk. 23 S. 12). Folglich sind seine hierzu neu im Berufungsverfahren vorgebrachten Äusserungen unzulässig (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Ohnehin erscheint die Berücksichtigung eines Betrages für die Nutzung der öffentlichen Verkehrsmittel in Anbetracht des Alters des Sohnes nicht als unangemessen.

### **E. 6.2.4**

Die Vorinstanz rechnete der Gesuchstellerin monatliche Wohnkosten im Umfang von Fr. 307.– an und hielt unter anderem fest, dass die von der Gesuchstellerin monatlich geltend gemachten Nebenkosten für die eheliche Liegenschaft in der Höhe von Fr. 591.70 nicht ausgewiesen und nicht glaubhaft gemacht worden seien (Urk. 62 E. II/7.6.2.4). Zu diesen Erwägungen äussert sich die Gesuchstellerin nicht explizit, macht jedoch in ihrer Bedarfstabelle trotzdem Wohnkosten von insgesamt Fr. 898.70 (Fr. 591.70 + Fr. 307.–) geltend (Urk. 69 S. 16). Damit kommt sie ihrer Begründungspflicht nicht nach, weshalb mit der Vorinstanz nur ein Betrag von Fr. 307.– zu berücksichtigen ist.

### **E. 6.2.5**

Weiter möchte die Gesuchstellerin in ihrem Existenzminimum für den Zeitraum 8. Januar 2015 bis zum 31. März 2016 Fahrkosten im Umfang von Fr. 200.– angerechnet wissen. Die Vorinstanz berücksichtigte diesen Betrag lediglich im erweiterten Bedarf der Gesuchstellerin, da dem Auto keine Kompetenzqualität zukomme. Mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz setzt sich die Gesuchstellerin wiederum nicht auseinander. Da sich diese Erwägungen als zutreffend erweisen, kann ohne Weiteres auf sie verwiesen werden (Urk. 62 E. II/7.6.2.10). Folglich sind die Fahrkosten von Fr. 200.– lediglich im erweiterten Bedarf der Gesuchstellerin zu berücksichtigen. Dem Auto der Gesuchstellerin kommt auch ab 1. April 2016 keine Kompetenzqualität zu. Sie arbeitet an der ...strasse ... in ... Zürich (vgl. Urk. 71/2 S. 3). Gemäss

- 45 - dem Routenplaner von GoogleMaps ([www.googlemaps.com](http://www.googlemaps.com)) benötigt sie mit dem Auto je nach Verkehrslage rund 25 bis 35 Minuten für einen Arbeitsweg, mit den

öffentlichen Verkehrsmitteln rund 40 Minuten. Die Zeitersparnis ist marginal, weshalb auch ihr Argument, sie müsse am Morgen einen langen Spaziergang mit dem Hund machen (Urk. 69 S. 16), nicht zu überzeugen vermag. Die Gesuchstellerin ist nicht auf das Auto angewiesen, weshalb ihr dafür kein Betrag im Existenzminimum anzurechnen ist. Dagegen sind ihr die Kosten für die öffentlichen Verkehrsmittel im Umfang von Fr. 124.– (monatliche Kosten eines VZZ-Netzpasses für 3 Zonen; vgl. [www.vbz.ch](http://www.vbz.ch)) anzurechnen. In Bezug auf den erweiterten Bedarf bleibt es bei den von der Vorinstanz berücksichtigten Fr. 200.– für die Fahrkosten.

#### **E. 6.2.6**

Die Gesuchstellerin erklärt in ihrer Berufungsantwort sodann, dass ihr ab dem 1. April 2016 Kosten für die auswärtige Verpflegung anzurechnen seien, beziffert diese Position jedoch nicht (vgl. Urk. 69 S. 17). Wie der Gesuchsgegner zu Recht feststellt, kann sie das Mittagessen, da sie bis 13.00 Uhr arbeitet, zu Hause einnehmen. Allfällige Zwischenverpflegungen sind aus dem Grundbetrag zu decken. Ohnehin werden Auslagen für die auswärtige Verpflegung nur bei Nachweis entsprechender Mehrausgaben angerechnet (vgl. Ziffer III/3.2 der Richtlinien des Obergerichtes des Kantons Zürich für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 [fortan Kreisschreiben]). Einen entsprechenden Nachweis hat die Gesuchstellerin nicht erbracht. Der Umstand, dass sie keine Lunch-Checks und Spesen erhält (vgl. Urk. 69 S. 16), begründet noch keine Mehrausgaben. Dementsprechend ist kein Betrag für die auswärtige Verpflegung zu berücksichtigen.

#### **E. 7**

Bedarf des Gesuchsgegners

##### **E. 7.1**

Der Gesuchsgegner kritisiert das ihm von der Vorinstanz zugestandene Existenzminimum in Bezug auf die volljährigen Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, seine Wohnkosten, die Kosten der Position "PTT" sowie die Hypothekarkosten der ehelichen Liegenschaft (Urk. 61 Ziff. 2.4). Die Gesuchstellerin wendet sich gegen die seitens des Gesuchsgegners von der Vorinstanz berücksichtigten Fahrzeugkosten (Urk. 69 S. 18 Ziff. 2.4.2)

- 46 -

##### **E. 7.2**

Seitens des Gesuchsgegners ist von folgendem Bedarf auszugehen: Bedarfspositionen des Gesuchsgegners  
Existenzminimum (Fr.) Grundbedarf (Fr.) Grundbetrag  
1'100.– 1'100.– Mietkosten 1'317.– 1'317.– Garage 90.– 90.–  
Hausrat-/Haftpflichtversicherung 10.– 10.– Reiseversicherung 0.– 3.–  
Rechtsschutzversicherung 0.– 25.– Hypothek ...strasse 815.– 815.– ab 01.03.2016 892.–  
892.– Gebäudeversicherung ...strasse 69.– 69.– KVG 345.– 345.– VVG 0.– 148.–  
Franchise/Selbstbehalt 45.– 45.– "PTT" (Telefonie, Radio, TV) 80.– 80.– Fahrzeugkosten  
■ vom 08.01.2015 bis 30.06.2015 400.– 400.– ■ vom 01.07.2015 bis 30.06.2017 0.– 200.–  
■ ab 01.07.2017 400.– 400.– D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ 0.– 0.– Steuern 0.– 1'200.– Total  
Bedarf: ■ vom 08.01.2015 bis 30.06.2015 4'271.– 5'647.– ■ vom 01.07.2015 bis  
29.02.2016 3'871.– 5'447.– ■ vom 01.03.2016 bis 30.06.2017 3'948.– 5'524.– ■ ab  
01.07.2017 4'348.– 5'724.–

##### **E. 7.2.1**

Der Gesuchsgegner verlangt ab 1. Oktober 2015 die Anrechnung seiner gesamten Wohnkosten im Umfang von Fr. 4'100.– sowie die Berücksichtigung von Kosten für die Position "PTT" im Umfang von Fr. 150.–. Er generiere mit seinen Gesellschaften seit dem 1. Oktober 2015 keine Umsätze mehr, weshalb er über diese auch keine Spesen mehr abrechnen könne (Urk. 61 S. 14 Ziff. 2.4.2). Zwar hat der Gesuchsgegner glaubhaft machen können, dass er mit seinen Gesellschaften kein Erwerbseinkommen mehr erzielte und erzielt, dagegen ist nicht

- 47 - glaubhaft, dass die genannten Kosten nicht weiterhin über die Gesellschaften laufen. So liefen sie trotz der geltend gemachten Verluste auch im Jahr 2015 zumindest teilweise über diese (vgl. die Position Eigenmieten betreffend die F.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ im Umfang von Fr. 17'890.80 [Urk. 64/5]). Beide Unternehmen sind weiterhin im Handelsregister eingetragen. Bezüglich der Mietkosten und der Kosten für die Garage erklärte der Gesuchsgegner im vorinstanzlichen Verfahren, nur einen Drittel für diverse Rechnungen (Miete, Versicherungen, etc.) geltend zu machen, da diese zu je 1/3 von ihm, von seiner Lebenspartnerin sowie seinen beiden Gesellschaften getragen würden (Urk. 23 S. 17). Schliesslich wurde auch nicht substantiiert bestritten, dass die Partnerin des Gesuchsgegners auch unter der gleichen Adresse geschäftlich tätig ist (Urk. 69 Ziff. 2.4.2; Urk. 21/1). Vor diesem Hintergrund können dem Gesuchsgegner nicht die gesamten Wohnkosten angerechnet werden, sondern bleibt es bei den angerechneten Fr. 1'317.– für die Wohnkosten sowie Fr. 90.– für die Garage (vgl. Urk. 62 E. II/ 7.6.3.3). Gleiches gilt für die Position "PTT", für welche die Vorinstanz dem Gesuchsgegner immerhin Fr. 80.– zugestand, obwohl er diese wohl auch mit seiner Partnerin teilt.

#### **E. 7.2.2**

Hinsichtlich D.\_\_\_\_\_ kann auf die vorstehenden Ausführungen E. III/A.6.2.2 verwiesen werden. Der Bedarf von D.\_\_\_\_\_ wird mit dem vorliegenden Verfahren eruiert und ist – entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners (Urk. 61 Ziff. 2.4.3) – noch kein fester Bestandteil seines Bedarfes. Es ist ihm folglich kein entsprechender Betrag anzurechnen.

#### **E. 7.2.3**

Zudem möchte der Gesuchsgegner für C.\_\_\_\_\_ in seinem Bedarf einen monatlichen Betrag von Fr. 1'000.– angerechnet wissen (Urk. 61 Ziff. 2.4.1). Diesbezüglich kann vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 62 E. II/7.6.3.10 i.V.m. II/7.4.2), mit welchen sich der Gesuchsgegner in seiner Berufungsschrift mit keinem Wort auseinandersetzt. Wie bereits die Vorinstanz feststellte, ist der Unterhaltsbeitrag für C.\_\_\_\_\_ nicht im Bedarf des Gesuchsgegners zu berücksichtigen.

#### **E. 7.2.4**

Bezüglich der Hypotheken der ehelichen Liegenschaft macht der Gesuchsgegner geltend, dass sich die zinsliche Belastung seit März 2016 auf Fr. 892.– pro Monat erhöht habe (Urk. 61 S. 15 Ziff. 2.4.4). Dieser Betrag ist belegt (Urk. 64/15-

- 48 - 16) und wurde von der Gesuchstellerin anerkannt (Urk. 69 S. 18). Zwar anerkennt die Gesuchstellerin die Erhöhung der Hypothekarzinsse erst ab 1. April 2016 (Urk. 69 S. 18), in Urk. 64/16 wird jedoch der 1. März 2016 als Änderungsdatum bezeichnet, weshalb von diesem Datum auszugehen ist.

#### **E. 7.2.5**

Die Gesuchstellerin weist darauf hin, dass der Gesuchsgegner seit dem 1. Juli 2015 arbeitslos sei, weshalb ihm weder Fahrzeugkosten noch Kosten für auswärtige Verpflegung anzurechnen seien. Diese Aufwendungen seien nicht an- gefallen und/oder der Gesuchsgegner habe sie über die Gesellschaften abge- rechnet (Urk. 69 S. 18 Ziff. 2.4.2). Dem Gesuchsgegner sind aufgrund seiner Arbeitslosigkeit im Zeitraum derselben, das heisst von Juli 2015 bis Juni 2017, im Existenzminimum keine Fahrkosten anzurechnen. Dem Auto kommt in dieser Zeitspanne keine Kompetenzqualität zu. Ob dem Auto ab Juli 2017 Kompetenzcharakter zukommt, ist zur Zeit unbekannt. Hingegen ist dem Gesuchsgegner im Hinblick auf die Suche nach einer Arbeits- stelle ein Betrag für Fahrkosten anzurechnen. Bis zum 1. Juli 2015 sowie ab dem 1. Juli 2017 sind die Fahrkosten somit in der von der Vorinstanz veranschlagten Höhe von Fr. 400.– zu berücksichtigen. Im erweiterten Bedarf rechtfertigt sich ei- ne Berücksichtigung der Kosten im Zeitraum 8. Januar 2015 bis 30. Juni 2015 sowie ab 1. Juli 2017 im Umfang von Fr. 400.–. Während der Arbeitslosigkeit ist ihm im erweiterten Bedarf derselbe Betrag zuzugestehen wie der Gesuchstellerin selber und damit Fr. 200.–. Für die auswärtige Verpflegung hat die Vorinstanz dem Gesuchsgegner keinen Betrag angerechnet (vgl. Urk. 62 E. II/7.6.3.10). Auch macht der Gesuchsgegner in seiner Berufungsschrift keine solchen Kosten gel- tend (Urk. 61 S. 16). Vor diesem Hintergrund erübrigen sich weitere Ausführun- gen hierzu.

## **E. 8**

Unterhaltsberechnung

### **E. 8.1**

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist die Unterhaltsverpflichtung des Gesuchsgegners in die folgenden Phasen einzuteilen:

- 49 - 1. Phase : 2. Phase 3. Phase 4. Phase 08.01.15 - 01.07.15 - 01.01.16 - 01.03.2016 - 30.06.15 31.12.15 29.02.16 31.03.2016 Bedarf : GSin: Fr. 3'395.– Fr. 3'395.– Fr. 3'395.– Fr. 3'395.– GG: Fr. 4'271.– Fr. 3'871.– Fr. 3'871.– Fr. 3'948.– Total: Fr. 7'666.– Fr. 7'266.– Fr. 7'266.– Fr. 7'343.– Eink.: GSin: Fr. 430.– Fr. 430.– Fr. 430.– Fr. 430.– GG: Fr.10'603.– Fr. 8'209.– Fr. 9'540.– Fr. 9'540.– Total: Fr. 11'033.– Fr. 8'639.– Fr. 9'970.– Fr. 9'970.– Freibe- Fr. 3'367.– Fr. 1'373.– Fr. 2'704.– Fr. 2'627.– trag: 5. Phase 6. Phase 7. Phase 8. Phase 01.04.16 - 01.09.16 - 18.02.17 - ab 31.08.16 17.02.17 30.06.17 01.07.17 Bedarf : GSin: Fr. 5'842.– Fr. 5'842.– Fr. 3'519.– Fr. 5'842.– GG: Fr. 5'524.– Fr. 5'524.– Fr. 3'948.– Fr. 5'724.– Total: Fr. 11'366.– Fr. 11'366.– Fr. 7'467.– Fr. 11'566.– Eink.: GSin: Fr. 2'930.– Fr. 3'330.– Fr. 3'330.– Fr. 3'330.– GG: Fr. 9'540.– Fr. 9'540.– Fr. 500.– Fr. 9'000.– Total: Fr. 12'470.– Fr. 12'870.– Fr. 3'830.– Fr. 12'330.– Freibe- Fr. 1'104.– Fr. 1'504.– – Fr. 3'637.– Fr. 764.– trag: Während der 5., 6. und 8. Phase kann der erweiterte Gesamtbedarf der Parteien gedeckt werden, weshalb die Unterhaltsberechnung für die 1. bis und mit 4. sowie 7. Phase mit dem Existenzminimum vorzunehmen ist. In der 5., 6. und 8. Phase ist dagegen der erweiterte Bedarf der Parteien zu berücksichtigen. Es resultieren die in der Tabelle dargestellten Freibeträge.

- 50 -

### **E. 8.2**

Die Aufteilung des Freibetrags im Verhältnis 1/3 (Gesuchsgegner) zu 2/3 (Gesuchstellerin und Kinder) blieb unbestritten und entspricht denn auch der Pra- xis. Es ergeben sich nach

Abzug des Einkommens der Gesuchstellerin die folgenden gerundeten Unterhaltsbeiträge:  
1. Phase 2. Phase 3. Phase 4. Phase 08.01.15 - 01.07.15 - 01.01.16 - 01.03.2016 - 30.06.15  
31.12.15 29.02.16 31.03.2016 Bedarf Gesuchstel- Fr. 3'395.– Fr. 3'395.– Fr. 3'395.– Fr.  
3'395.– lerin & Kinder 2/3 Freibetrag Fr. 2'245.– Fr. 915.– Fr. 1'803.– Fr. 1'751.– -  
Einkommen Fr. 430.– Fr. 430.– Fr. 430.– Fr. 430.– UHB Fr. 5'210.– Fr. 3'880.– Fr. 4'768.–  
Fr. 4'716.– 5. Phase 6. Phase 7. Phase 8. Phase 01.04.16 - 01.09.16 - 18.02.17 - ab 01.07.17  
31.08.16 17.02.17 30.06.17 Bedarf Gesuchstel- Fr. 5'842.– Fr. 5'842.– Fr. 3'519.– Fr.  
5'842.– lerin & Kinder 2/3 Freibetrag Fr. 736.– Fr. 1'003.– Fr. 509.– - Einkommen Fr.  
2'930.– Fr. 3'330.– Fr. 3'330.– Fr. 3'330.– UHB Fr. 3'648.– Fr. 3'515.– Fr. 189.– Fr. 3'021.–

### E. 8.3

Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Kinder von je Fr. 1'600.– und stützte sich dabei auf die Zürcher Tabelle sowie die finanziellen Verhältnisse der Parteien (Urk. 62 E. II/7.7.5). Der Gesuchsgegner erachtet dagegen Unterhaltsbeiträge von je Fr. 1'000.– als angemessen, dies insbesondere deshalb, da er für die Wohnkosten der Gesuchstellerin und der Kinder aufkomme (Urk. 61 S. 18 f. Ziff. 2.6). In der Folge erklärte er sodann, sich mit D.\_\_\_\_\_ auf einen Unterhaltsbeitrag ab 1. Dezember 2015 von Fr. 1'300.– und ab 1. Juli 2016 von Fr. 1'800.– (Urk. 74 Ziff. 6.3) bzw. ab November 2016 von Fr. 1'100.– geeinigt zu haben (Urk. 86 Ziff. 4; Urk. 87/8).

- 51 - Nach erfolgter Korrektur des Bedarfs der Parteien resultiert ein Bedarf von D.\_\_\_\_\_ von Fr. 1'465.– (Grundbetrag abzüglich Kinderzulagen: Fr. 350.–, 1/3 Wohnkostenanteil: Fr. 102.–; 1/3 Anteil an Hausrat-Haftpflichtversicherungen: Fr. 13.–; Krankenkasse [KVG und VVG]: Fr. 130.–, Selbstbehalt: Fr. 4.–; 1/3 Anteil "PTT": Fr. 50.–, Schulkosten: Fr. 150.–, ...: Fr. 600.–, Mobilität: Fr. 65.–). Der Bedarf von E.\_\_\_\_\_ beträgt mindestens Fr. 650.– (Grundbetrag abzüglich Kinderzulagen: Fr. 350.–, 1/3 Wohnkostenanteil: Fr. 102.–, 1/3 Anteil an Hausrat-Haftpflichtversicherungen: Fr. 13.–, Krankenkasse [KVG und VVG]: Fr. 115.–, 1/3 Anteil "PTT": Fr. 50.–). Nun gilt es aber, die Kinder am Freibetrag partizipieren zu lassen. Der Übersichtlichkeit halber rechtfertigt es sich, von einem durchschnittlichen 2/3-Anteil am Freibetrag über alle Phasen auszugehen, namentlich von rund Fr. 1'000.– (ausgehend von einer Geltungsdauer der Unterhaltsregelung von einem weiteren Jahr bis Ende Februar 2018). Dabei erscheint es gerechtfertigt, den Kindern einen Betrag im Umfang von insgesamt Fr. 600.– pro Monat zukommen zu lassen. Nachdem D.\_\_\_\_\_ ihr hälftiger Verdienst belassen wird, erscheint ihrerseits eine Partizipation von Fr. 150.– gerechtfertigt, womit der von der Vorinstanz festgesetzte Unterhaltsbeitrag im Umfang von Fr. 1'600.– als angemessen erscheint. Damit verbleibt für E.\_\_\_\_\_ ein Freibetrag von rund Fr. 450.–, wodurch sich ein monatlicher Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'100.– ergibt. Diese Unterhaltsbeiträge erscheinen unter Berücksichtigung der finanziellen Verhältnisse der Parteien angemessen. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass der Gesuchsgegner mit der Leistung der Hypothekarzinse der ehelichen Liegenschaft zusätzlich die Wohnkosten der Kinder deckt, was im Übrigen in seinem Bedarf berücksichtigt wird. Am 1. Januar 2017 trat das neue Kinderunterhaltsrecht in Kraft. Gemäss Art. 285 Abs. 2 ZGB soll mit dem Kinderunterhaltsbeitrag auch die Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte gewährleistet werden. Neu zählen für die Berechnung des Unterhalts damit nicht nur die direkten Kosten für das Kind (Barunterhalt), sondern auch der sogenannte Betreuungsunterhalt. Die Betreuung des Kindes soll sichergestellt werden. Erfasst wird dabei nicht nur die eigentliche Leistung der Betreuung in natura, sondern auch die durch die Betreuung entstehenden finanzi-

- 52 - ellen Auswirkungen (vgl. Botschaft über die Revision des Kinderunterhalts vom 29. November 2013 [nachfolgend Botschaft], S. 551 ff.). Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Kinderunterhaltsrechts war E.\_\_\_\_\_ bereits 16 Jahre alt. Der Umstand, dass die Gesuchstellerin "lediglich" zu einem Pensum von 50% arbeitstätig ist, ist nicht auf seine Betreuung zurückzuführen (vgl. vorstehend E. III/A.5.1.6). Es entstehen damit für das vorliegende Verfahren keine Weiterungen aufgrund des neuen Rechts. Es liegen keine indirekten Kosten vor, welche es zu berücksichtigen gälte.

#### **E. 8.4**

Nach dem Gesagten ergeben sich die folgenden Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin persönlich: 1. Phase : 2. Phase 3. Phase 4. Phase 08.01.15 - 01.07.15 - 01.01.16 - 01.03.2016 - 30.06.15 31.12.15 29.02.16 31.03.2016 Gesamt-UHB Fr. 5'210.– Fr. 3'880.– Fr. 4'768.– Fr. 4'716.– - Kinder-UHB Fr. 2'700.– Fr. 2'700.– Fr. 2'700.– Fr. 2'700.– UHB GSin Fr. 2'510.– Fr. 1'180.– Fr. 2'068.– Fr. 2'016.– UHB GSin (ge- Fr. 2'510.– Fr. 1'180.– Fr. 2'070.– Fr. 2'020.– rundet) 5. Phase 6. Phase 7. Phase 8. Phase 01.04.16 - 01.09.16 - 17.02.17 - ab 31.08.16 17.02.17 30.06.17 01.07.17 Gesamt-UHB Fr. 3'648.– Fr. 3'515.– Fr. 189.– Fr. 3'021.– - Kinder-UHB Fr. 2'700.– Fr. 2'700.– Fr. 2'700.– Fr. 2'700.– UHB GSin Fr. 948.– Fr. 815.– - Fr. 321.– UHB GSin (ge- Fr. 950.– Fr. 820.– - Fr. 320.– rundet) Der Übersicht halber und da es sich bei der 3. und 4. Phase um sehr kurze Zeitspannen handelt, werden diese mit der 2. Phase zusammengefasst, wodurch der Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin neu in 5 Phasen eingeteilt wird.

- 53 - Phase I (08.01.2015 bis 30.06.2015) Fr. 2'510.– Phase II (01.07.2015 bis 31.03.2016)\* Fr. 1'470.– Phase III (01.04.2016 bis 31.08.2016) Fr. 950.– Phase IV (01.09.2016 bis 17. Februar 2017) Fr. 820.– Phase V (ab 1. Juli 2017) Fr. 320.– \*  $([6 \times \text{Fr. } 1'180.-] + [2 \times \text{Fr. } 2'070.-] + [1 \times \text{Fr. } 2'020.-])/9 = \text{Fr. } 1'471.11)$  Ab dem 18. Februar 2017 erhält der Gesuchsgegner keine Arbeitslosenentschädigung mehr. Mit den Kinderunterhaltsbeiträgen und ihrem Einkommen kann die Gesuchstellerin in dieser Phase ihren Existenzbedarf und den Bedarf der Kinder decken, weshalb sich für die Zeitspanne 18. Februar 2017 bis 30. Juni 2017 keine Ehegattenunterhaltsbeiträge, welche der Gesuchsgegner aus seinem Vermögen zu leisten hätte, rechtfertigen.

#### **E. 9**

Anrechnung bereits geleisteter Unterhaltsbeiträge

##### **E. 9.1**

Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, dass bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen die bereits erbrachten Leistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen sind (vgl. Urk. 62 E. II/7.7.7). Dementsprechend erklärte sie den Gesuchsgegner für berechtigt, von den Kinderunterhaltsbeiträgen bereits erbrachte, belegte oder anerkannte Leistungen in Abzug zu bringen, insbesondere Fr. 9'200.– bereits geleisteter Unterhaltsbeiträge von Januar bis Juni 2015 (Urk. 62, Dispositivziffer 12), was unangefochten blieb.

##### **E. 9.2**

Der Gesuchsgegner macht geltend, im Zeitraum Januar 2015 bis und mit November 2016 an D.\_\_\_\_\_ insgesamt Fr. 29'850.– (Fr. 22'050.– [Urk. 74 Ziff. 9.2] + Fr. 7'800.– (Urk. 87/8, Zahlungen Juli bis November 2016) und an E.\_\_\_\_\_ insgesamt Fr. 26'134.– (Fr. 21'134.– +  $5 \times \text{Fr. } 1'000.-$  [vgl. Urk. 87/7]) bezahlt zu haben (Urk. 74 Ziff. 9.2 und Urk. 86 Ziff. 3 f.).

Die Gesuchstellerin anerkennt hinsichtlich D.\_\_\_\_\_ bis April 2016 Zahlungen von insgesamt Fr. 16'950.– (Urk. 69 Ziff. 2.6; Urk. 71/4), wobei aber Fr. 6'976.– an D.\_\_\_\_\_ direkt bezahlt worden seien, und seitens E.\_\_\_\_\_ solche von Fr. 12'250.– (vgl. Urk. 71/4; Urk. 69 Ziff. 2.6).

- 54 -

### **E. 9.3**

Der Gesuchsgegner hat der Gesuchstellerin im Zeitraum Januar 2015 bis und mit November 2016 an den Unterhalt von E.\_\_\_\_\_ Zahlungen von insgesamt Fr. 20'550.– geleistet. Für D.\_\_\_\_\_ hat der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin von Januar 2015 bis zum tt.m.mm.2015 (Volljährigkeit von D.\_\_\_\_\_) insgesamt Fr. 9'273.– bezahlt. Ab Volljährigkeit von D.\_\_\_\_\_ leistete er bis und mit November 2016 Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 17'377.– an D.\_\_\_\_\_ persönlich (vgl. Urk. 64/13, Urk. 62 E. II/7.7.7; Urk. 24/11/1-5, Urk. 71/4; Urk. 87/7-8). Diese Zahlungen sind im Dispositiv festzuhalten und der Gesuchsgegner ist für berechnigt zu erklären, die entsprechenden Beträge von seiner Unterhaltspflicht in Abzug zu bringen. Im dargelegten Umfang ist die Unterhaltsverpflichtung des Gesuchsgegners durch Tilgung untergegangen. Darüber hinausgehende Zahlungen wurden nicht belegt, weshalb diese im Dispositiv nicht betragsmässig zu berücksichtigen sind.

### **E. 10**

Kinderzulagen

#### **E. 10.1**

Die Gesuchstellerin macht geltend, dass der Gesuchsgegner für den Zeitraum vor 1. April 2016 Kinderzulagen zurückgehalten habe. Er habe diese der Beklagten zu überweisen (Urk. 69 S. 22).

#### **E. 10.2**

Die Verpflichtung des Gesuchsgegners, die Kinderzulagen (neu: Familienzulagen, vgl. Botschaft S. 578 f.) an die Gesuchstellerin weiterzuleiten, ergibt sich klar aus dem angefochtenen Entscheid. Kommt der Gesuchsgegner dieser Verpflichtung jedoch nicht nach, stellt dies nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens dar. Vielmehr stünde der Gesuchstellerin hierfür die Vollstreckung zur Verfügung. Vor diesem Hintergrund erübrigen sich Weiterungen zu diesem Thema.

### **E. 11**

Für beide Instanzen werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

- 65 -

#### **E. 11.1**

Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner, sich an ausserordentlichen Kinderkosten, über welche sich die Parteien vorgängig verständigt hätten, zu zwei Dritteln zu beteiligen (soweit nicht Dritte, insbesondere Versicherungen, für diese Kosten aufkommen; Urk. 62, Dispositivziffer 13).

- 55 -

#### **E. 11.2**

Der Gesuchsgegner verweist auf seine Berechnung der Einkommen der Parteien und erklärt seine Verpflichtung zur Übernahme von zwei Dritteln als nicht gerechtfertigt. Vielmehr erscheine eine hälftige Aufteilung dieser Kosten als angemessen (Urk. 61 Ziff. II/4).

### **E. 11.3**

Dem widerspricht die Gesuchstellerin und erklärt, die Kostentragung solle der Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen. Da der Gesuchsgegner unbestritten dreimal soviel verdiene wie sie, habe die Vorinstanz auch zu Recht entschieden, dass ausserordentliche Kosten zu zwei Dritteln vom Gesuchsgegner zu tragen seien. Eine hälftige Aufteilung der ausserordentlichen Kosten wäre ihrer Ansicht nach krass stossend (Urk. 69 Ziff. 4.1).

### **E. 11.4**

Richtig ist, dass die Kostentragung der Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen soll. Nicht gefolgt werden kann der Gesuchstellerin jedoch darin, dass die Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners dreimal so hoch ist wie die ihrige. Vielmehr sind bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit auch die Unterhaltsbeiträge zu berücksichtigen und der Umstand, dass die Gesuchstellerin mit den Kindern an zwei Dritteln des Freibetrages partizipiert. Vor diesem Hintergrund erscheint die hälftige Aufteilung allfälliger ausserordentlicher Kosten als angemessen. Die Berufung des Gesuchsgegners erweist sich diesbezüglich als begründet. B. Garage 1. Der Gesuchsgegner beantragte vor Vorinstanz, ihm sei das Untergeschoss der ehelichen Liegenschaft sowie die Garage zur alleinigen Benutzung zuzuweisen (Urk. 23 S. 2 Ziff. 5). Die Vorinstanz teilte jedoch die gesamte eheliche Liegenschaft der Gesuchstellerin zu (Urk. 62, Dispositivziffer 6). In Bezug auf die Garage erwog sie, der Gesuchsgegner habe das Bedürfnis der Gesuchstellerin auf ein eigenes Auto anerkannt, indem er ihr in seiner Bedarfsberechnung einen Betrag von Fr. 200.– für Fahrzeugkosten zugestanden habe (mit Verweis auf Urk. 23 S. 13). Da der Anspruch der Gesuchstellerin auf ein eigenes Fahrzeug für sich und die Kinder unbestritten sei, sei die Gesuchstellerin auch auf eine Garage angewiesen, weshalb der Antrag des Gesuchsgegners, es sei ihm die Garage zur alleinigen Benutzung zuzuweisen, abzuweisen sei (Urk. 62 E. II/5.2).

- 56 - 2. Der Gesuchsgegner bestreitet mit seiner Berufung zunächst, dass die Gesuchstellerin auf eine Garage angewiesen sei. Die Vorinstanz habe weiter unter Berücksichtigung des Kindeswohls und des Kriteriums der Zweckmässigkeit die eheliche Liegenschaft der Gesuchstellerin zugewiesen. Dies habe zur Folge, dass die dingliche Berechtigung an der Liegenschaft, welche bei der Zuteilung im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB grundsätzlich eine untergeordnete Rolle spiele, hinsichtlich der Benützung der Garage wieder an Relevanz gewinne. Er sei alleiniger Eigentümer der Liegenschaft. Die Gesuchstellerin verfüge über zwei Parkplätze, die zur ehelichen Liegenschaft gehörten und die zur Benutzung ausschliesslich ihr zur Verfügung stünden. Weder sei eine Fremdnutzung erlaubt, noch würden diese Parkplätze die Garagenöffnung behindern. Er wolle damit den grundsätzlichen Anspruch der Gesuchstellerin auf ein eigenes Auto nicht in Frage stellen. Es sei ihr aber möglich, das Auto ausserhalb der Garage zu parken, was immer so gehandhabt worden sei (Urk. 61 Ziff. II/3). 3. Hierzu lässt die Gesuchstellerin ausführen, ein Recht auf ungeteilte Zuweisung der Liegenschaft zur Benutzung an sich und die Kinder zu haben. Der Gesuchsgegner habe auch in der Berufung nicht dargelegt, weshalb er die Garage zur alleinigen Benützung zugewiesen erhalten wolle. Er sei auf diese

Garage nicht angewiesen. Ebenfalls sei die Garage der Abstellplatz für Fahrräder der Kinder, grosses und sperriges Autozubehör und diverse Sportgeräte. Der Gesuchsgegner mache keine substantiierten Gründe geltend, weshalb ihm die Garage zur alleinigen Benutzung zuzuweisen wäre. Er verfüge bereits über einen Garagenplatz, sie selber jedoch nicht. Der Gesuchsgegner habe kein überwiegendes Interesse seinerseits an der Zuteilung der Garage vorgebracht. Das Eigentum des Gesuchsgegners an der Liegenschaft gälte zudem mit der Anfechtung des Ehevertrages als bestritten. Neben der Garage gebe es einen offiziellen Parkplatz, welcher im Grundbuch ausdrücklich als Besucherparkplatz für die gesamte Überbauung ausgewiesen sei und nicht zur ausschliesslichen Benutzung durch sie zur Verfügung stehe (Urk. 69 Ziff. 3.1 mit Verweis auf Foto in Urk. 71/6).

- 57 - 4. Die eheliche Liegenschaft ist als Gesamtheit zu betrachten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Garage durch ein separates Garagentor zu betreten ist (vgl. Urk. 80 Ziff. 5; Urk. 46/12; Urk. 71/6). Zwar ist die Zuteilung eines Raumes oder ähnliches an denjenigen Ehegatten, welcher nicht die eheliche Liegenschaft zugeteilt erhält, denkbar. Hierfür müssten aber Gründe geltend gemacht werden, welche eine solche Zuteilung rechtfertigen. Vor Vorinstanz begründete der Gesuchsgegner die Zuteilung der Garage damit, dass er diese (wie auch das Untergeschoss der ehelichen Wohnung) vermieten und dadurch ein zusätzliches Einkommen erzielen könnte (Urk. 23 S. 6). Nachdem die Vorinstanz das Untergeschoss unangefochten der Gesuchstellerin zugeteilt hat, erscheint fraglich, ob die separate Vermietung einer Garage, die sich in einer bewohnten Liegenschaft befindet, überhaupt möglich wäre. Dass es hierfür Interessenten gibt, behauptet der Gesuchsgegner nicht. Vielmehr scheint er seine Begründung für die Zuteilung der Garage im Berufungsverfahren geändert zu haben. Jedenfalls macht er nicht mehr geltend, zusätzliches Einkommen durch die Vermietung der Garage generieren zu wollen (vgl. Urk. 61 Ziff. 3). Auch erklärt er nicht, inwiefern seine Interessen an der Garage diejenigen der Gesuchstellerin überwiegen. Seine Ausführungen dazu, dass er im Gegensatz zur Gesuchstellerin nicht über einen Kellerraum verfüge, um Gegenstände zu verstauen (Urk. 74 S. 17 Ziff. 11), können unter Hinweis auf Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht mehr berücksichtigt werden. Der Umstand, dass neben dem Haus allenfalls eine Parkmöglichkeit besteht, reicht zudem nicht aus, um die separate Zuteilung der Garage an ihn zu rechtfertigen. So erklärt der Gesuchsgegner denn auch nicht, weshalb ein Parkieren auf einem Aussenparkplatz ihm nicht möglich sein soll. Entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners erhält das Argument der dinglichen Berechtigung sodann nicht deshalb mehr Bedeutung, da das Kindeswohl und das Kriterium der Zweckmässigkeit bei der Zuteilung der ehelichen Wohnung berücksichtigt worden ist. Der dinglichen Berechtigung kommt weiterhin untergeordnete Bedeutung zu. Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass weder dem Auto des Gesuchsgegners noch jenem der Gesuchstellerin Kompetenzcharakter zukommt (vgl. vorstehend E. III/A.6.2.5 und III/A.7.2.5), weshalb auch dies kein Argument für oder gegen die Zuteilung darstellen kann. Da der Gesuchsgegner damit keine überwiegenden In-

- 58 - teressen an der Garage geltend machen konnte, erweist sich die Berufung des Gesuchsgegners diesbezüglich als unbegründet. Es bleibt bei der vorinstanzlichen Zuteilung der Garage an die Gesuchstellerin. Folglich ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, sein Fahrzeug sowie seine persönlichen Gegenstände unverzüglich, jedenfalls spätestens bis zum 28. Februar 2017, aus der Garage zu entfernen und der Gesuchstellerin den Garagentoröffner zurückzugeben, sofern er dies nicht bereits gemacht hat (vgl. die diesbezüglichen Ausführungen der Gesuchstellerin in Urk. 69 S. 23 unten). C.

Vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebür auf Fr. 6'500.– fest (Urk. 62, Dis- positivziffer 16), was ungerügt blieb (vgl. Urk. 61 S. 2 f.). Weiter kam sie zum Schluss, dass die Anträge der Parteien hinsichtlich des Getrenntlebens, der Zutei- lung der ehelichen Liegenschaft, der Obhut der Kinder sowie des Besuchsrechts – abgesehen von kleinen Abweichungen – grösstenteils übereingestimmt hätten, weshalb diesbezüglich eine hälftige Aufteilung der Kosten gerechtfertigt sei. In Bezug auf die Unterhaltsbeiträge, mit welchen sich die Begründung überwiegend befasse, habe keine Partei vollständig obsiegt. Im Lichte der gesamten Anträge erscheine es daher als angemessen, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälft- te aufzuerlegen (Urk. 62 E. III/2.4). 2. Der Gesuchsgegner beantragt eine Auferlegung der Gerichtskosten im Ver- hältnis drei Viertel zulasten der Gesuchstellerin und ein Viertel zu seinen Lasten (Urk. 61 S. 3 sowie S. 22 ff. Ziff. 5). Die Gesuchstellerin hält am Kostenentscheid der Vorinstanz fest (Urk. 69 S. 25 Ziff. 5.3). 3. Was die Verteilung der Gerichtskosten anbelangt, hat grundsätzlich die un- terliegende Partei diese Kosten zu tragen. Obsiegt keine Partei vollständig, so werden die Kosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO).

- 59 -

#### **E. 12**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Zustel- lung der Doppel von Urk. 103 bis 107/1-2, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 13**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be- schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 13. Februar 2017 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. P. Knoblauch versandt am: kt

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