

# ZH\_OBERGERICHT LE170007 vom 26. Oktober 2017

ZH Obergericht, 2017-10-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE170007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE170007)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE170007 du 26 octobre 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT LE170007 del 26 ottobre 2017

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. Februar 1992 verheiratet und haben drei mitt- lerreife volljährige Kinder: F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_, beide geboren am tt.mm.1995, sowie E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1998 (Urk. 2/9). Mit Eingabe vom 9. November 2015 machte die Gesuchstellerin, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklä- gerin (fortan Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz das vorliegende Eheschutzver- fahren anhängig (Urk. 1). Seit dem 16. Dezember 2015 leben die Parteien ge- trennt (Urk. 59 S. 43, Dispositivziffer 1). Nachdem anlässlich der beiden vo- rinstantzlichen Verhandlungen vom 5. Februar 2016 und 7. März 2016 keine Eini- gung zwischen den Parteien erzielt werden konnte (Prot. I S. 54 f.), regelte die Vorinstanz mit Urteil vom 20. Dezember 2016 das Getrenntleben der Parteien und die damit verbundenen Nebenfolgen (Urk. 52 = Urk. 59). Der übrige Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 59 S. 5 f.).

### E. 2

Gegen das vorinstanzliche Urteil erhoben beide Parteien je mit Eingabe vom 16. Februar 2017 fristgerecht Berufung (Urk. 58 und Urk. 73/58), wobei der Ge- suchsgegner, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagte (fortan Gesuchs- gegner) gleichzeitig ein Gesuch um aufschiebende Wirkung stellte (Urk. 58 S. 3). Die von den Parteien einverlangten Kostenvorschüsse von jeweils Fr. 4'000.– gingen innert Frist bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 63 und 65; Urk. 73/63 und 73/64). Nachdem der Gesuchstellerin das rechtliche Gehör gewährt worden war (Urk. 64), erteilte die Kammerpräsidentin mit Verfügung vom 29. März 2017 der Berufung des Gesuchsgegners für rückwirkend geschuldete Unterhaltsbeiträge bis und mit Februar 2017 die aufschiebende Wirkung (Urk. 66). Mit Beschluss vom 6. April 2017 wurde die Zweitberufung der Gesuchstellerin (LE170008-O) mit dem vorliegenden Berufungsverfahren (LE170007-O) vereinigt und als dadurch

- 9 - erledigt abgeschlossen. Gleichzeitig wurde den Parteien Frist angesetzt, um je- weils die Berufung der Gegenpartei schriftlich zu beantworten (Urk. 71). Unterm 24. April 2017 erstatteten beide Parteien ihre Berufungsantwort (Urk. 74 und 77). Mit Verfügung vom 2. Mai 2017 wurde beiden Parteien Frist angesetzt, um zu den von der Gegenpartei mit der Berufungsantwort vorgebrachten Noven Stellung zu nehmen (Urk. 80). Die entsprechende Novenstellungnahme der Gesuchstellerin datiert vom 15. Mai 2017 (Urk. 82), diejenige des Gesuchsgegners vom 26. Mai 2017 (Urk. 87). Da die beiden vorgenannten Eingaben erneut Noven beinhalteten, wurde den Parteien mit Verfügung vom 2. Juni 2017 abermals Frist zur Stellung- nahme angesetzt (Urk. 89). Die letzten Eingaben der Parteien gingen innert er- streckter Frist am 27. Juni 2017 bzw. 4. Juli 2017 hierorts ein (Urk. 94 und 95) und wurden am 12. Juli 2017 der jeweiligen Gegenpartei zur Kenntnisnahme zu- gestellt (Urk. 98).

Daraufhin liessen sich die Parteien nicht mehr vernehmen. Mit Verfügung vom 13. September 2017 wurde den Parteien angezeigt, dass das Verfahren spruchreif und somit in die Phase der Urteilsberatung übergegangen sei (Urk. 99).

### E. 3

Überdies ist zu beachten, dass gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Alles, was relevant ist, ist grundsätzlich rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 63, m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel vorbringt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für deren Zulässigkeit (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 7; BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1, m.w.H.). Das Bundesgericht hat für Berufungsverfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO abgelehnt und festgehalten, dass einzig die Novenregelung gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 625 E. 2.2.).

- 11 - 4.1 Schliesslich bringt die Gesuchstellerin in prozessualer Hinsicht vor, die Ein-gabe des Gesuchsgegners im erstinstanzlichen Verfahren vom 22. August 2016 (Urk. 41) sei verspätet erfolgt, weshalb darauf nicht abgestellt werden könne. Zur Fortsetzung der Hauptverhandlung am 7. März 2016 sei der Gesuchsgegner un-vorbereitet und ohne seine bisherige Rechtsvertreterin erschienen, so dass er nicht in der Lage gewesen sei, zu den Ausführungen der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen. Im Anschluss an den Parteivortrag der Gesuchstellerin habe die Vor- instanz daher befunden, es wäre nicht zum Vorteil des Gesuchsgegners, wenn er zu den Ausführungen der Gesuchstellerin Stellung nehmen würde. Sie habe die Verhandlung abgebrochen und dem Gesuchsgegner geraten, sich wieder anwalt- lich vertreten zu lassen. Nachdem aussergerichtlich geführte Vergleichsgesprä- che zwischen den Parteien gescheitert seien, sei dem Gesuchsgegner Frist zur schriftlichen Stellungnahme zu den anlässlich der Verhandlung vom 7. März 2016 gemachten Ausführungen der Gesuchstellerin angesetzt worden. Im Rahmen die- ser Stellungnahme vom 22. August 2016 habe der Gesuchsgegner seine bisheri- gen Anträge und Ausführungen in verschiedener Hinsicht "nachgebessert". Diese Vorbringen seien jedoch verspätet erfolgt, da der Gesuchsgegner diese anlässlich der Verhandlung vom 7. März 2016 hätte mündlich vortragen müssen. Der Ge- suchsgegner verdiene keinen Rechtsschutz, wenn er sich freiwillig dazu entschie- den habe, sich nicht mehr durch seine bisherige Rechtsanwältin vertreten zu las- sen. Er habe daher die rechtlichen Konsequenzen zu tragen, wenn er ohne Rechtsvertretung an der besagten Verhandlung teilgenommen und zu den Aus- führungen der Klägerin keine Stellung genommen habe. Der Gesuchsgegner ha- be freiwillig auf einen zweiten Parteivortrag verzichtet. Dabei handle es sich um ein "unentschuldigtes Versäumnis" des Gesuchsgegners. Die Vorbringen seiner Rechtsvertreterin vom 22. August 2016 seien daher verspätet erfolgt und somit unbeachtlich (Urk. 73/58 S. 3 f.; Urk. 82 S. 2 f.). 4.2 Das Protokoll der vorinstanzlichen Verhandlung vom 7. März 2016, anläss- lich welcher der Gesuchsgegner ohne anwaltliche Vertretung erschienen ist, ent- hält folgende Protokollnotiz (Prot. I S. 55 f.):

"(Einzelrichterin Zürcher teilt den Parteien mit, dass die heutige Verhandlung an dieser Stelle unterbrochen werde. Sie

- 12 - weist den Gesuchsgegner auf Art. 69 ZPO hin und gibt an, dass es sich vorliegend um einen komplexen Fall handeln würde, weshalb sie ihm empfehle, sich für den weiteren Verlauf dieses Verfahrens wieder anwaltlich vertreten zu lassen. Es sei zu befürchten, dass der Gesuchsgegner ohne Rechtsbeistand nicht in der Lage sei, seine Interessen in angemessener Weise zu vertreten. Auch mit Blick auf die Waffen- gleichheit empfehle sie ihm, wieder einen Rechtsbeistand zu mandatieren.)" 4.3 Die Gesuchstellerin behauptet zwar, dass der Gesuchsgegner "völlig unvorbereitet" an der Verhandlung erschienen sei (Urk. 82 S. 2), was sich aus dem vorinstanzlichen Protokoll jedoch nicht ergibt. Immerhin bestritt er sämtliche von der Gegenpartei vorgebrachten Zahlen betreffend seine finanziellen Verhältnisse (Prot. I S. 56). Anschliessend wurde die Verhandlung für 30 Minuten unterbrochen, damit sich der Gesuchsgegner auf seine Stellungnahme vorbereiten konnte (Prot. I S. 56). Zu diesem Zeitpunkt ging die Vorderrichterin offensichtlich noch davon aus, dass der Gesuchsgegner nach einer angemessenen Vorbereitungszeit in der Lage sei, zu den Ausführungen der Gegenpartei mündlich Stellung zu nehmen. Nach dem halbstündigen Verhandlungsunterbruch änderte die Vorderrichterin dann ihre Meinung und brach die Verhandlung ab. Aus dem Protokoll geht nicht hervor, dass der Gesuchsgegner von sich aus jemals einen solchen Verhandlungsunterbruch beantragt hätte. Wegen des von der Vorinstanz angeordneten Verhandlungsunterbruchs konnte der Gesuchsgegner nicht mündlich zu den Ausführungen der Gesuchstellerin replizieren. Von einem "freiwilligen Verzicht" auf einen zweiten Parteivortrag kann jedenfalls nicht die Rede sein. Ein solcher Verzicht geht aus dem Protokoll der Verhandlung vom 7. März 2016 nicht hervor (vgl. Prot. I S. 55-57). Beim erwähnten Verhandlungsabbruch handelte es sich entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin nicht um ein "unentschuldigtes Versäumnis" des Gesuchsgegners, sondern um einen prozessleitenden Entscheid der Vorinstanz, um welchen der Gesuchsgegner nicht einmal ersucht hat. Zusammenfassend hat die Vorinstanz dem Gesuchsgegner anlässlich der Verhandlung vom 7. März 2016 keine Möglichkeit zu einem zweiten Parteivortrag eingeräumt. Entsprechend setzte sie dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz berechnete das Einkommen des Gesuchsgegners gestützt auf einen Durchschnittswert der letzten drei Jahre (inkl. Bonus). Es sei von einem durchschnittlichen Jahreseinkommen von Fr. 298'645.– auszugehen, was einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 24'885.– entspreche (Urk. 59 S. 37). Die Gesuchstellerin anerkennt in ihrer Berufungsschrift das von der Vorinstanz berechnete Einkommen des Gesuchsgegners (Urk. 73/58 Rz 22).

### **E. 3.2**

Der Gesuchsgegner bringt berufsweise vor, er habe seine bisherige Anstellung per 28. Februar 2017 aufgeben müssen. Nachdem im März 2016 ein neuer CEO seine Stelle übernommen habe, sei er gedrängt worden, sich eine neue Anstellung zu suchen (Urk. 58 Rz 28). Da ihm in der Schweiz die Arbeitslosigkeit gedroht habe, habe er per 1. April 2017 eine neue Arbeitsstelle in Deutschland mit einem Jahresgehalt von € 198'000.– angenommen (Urk. 58 Rz 29 f.; Urk. 74 Rz 32; Urk. 95 Rz 16; Urk. 76/16). Gemäss Lohnabrechnung für den Monat April 2017 betrage sein neues Nettogehalt € 8'902.09

bzw. Fr. 9'471.80 (Urk. 87 Rz 40 mit Verweis auf Urk. 88).

### **E. 3.3**

Die Gesuchstellerin anerkennt grundsätzlich, dass es sich bei der neuen Arbeitsstelle des Gesuchsgegners um ein (echtes) Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO handle, sofern dieser sein aktuelles Einkommen nachweisen bzw. zumindest glaubhaft machen könne (Urk. 58 Rz 31; Urk. 77 Rz 62). Die vom Gesuchsgegner vorgenommene Einkommensberechnung bestreitet die Gesuchstellerin jedoch und bringt diesbezüglich vor, dass sich das Gesamteinkommen nicht nur aus einem Grundgehalt, sondern auch aus einer garantierten Provision zusammensetze. Gemäss ihrer eigenen Berechnung geht die Gesuchstellerin von einem Nettoeinkommen des Gesuchsgegners von mindestens € 12'468.– bzw. Fr. 13'325.– aus (Urk. 77 S. 15 Rz 57; Urk. 82 Rz 33; Urk. 79/6).

### **E. 3.4**

Der Gesuchsgegner hat mit der Einreichung des unterzeichneten Arbeitsvertrages (Urk. 76/16) sowie der Lohnabrechnungen April bis Juni 2017 (Urk. 88 und Urk. 97/2) seine neuen Anstellungsbedingungen sowie sein Erwerbseinkommen seit April 2017 belegt bzw. zumindest glaubhaft gemacht. Dass der Gesuchsgegner seine bisherige Arbeitsstelle in der Schweiz missbräuchlich bzw. in Schädigungs-

- 22 - absicht aufgegeben hätte, geht aus den vorliegenden Akten nicht hervor und wird von der Gesuchstellerin auch nicht behauptet. Gestützt auf den Arbeitsvertrag sowie die vorgelegten Lohnabrechnungen ist beim Gesuchsgegner seit April 2017 von einem "Fixgehalt" von brutto € 198'000.– "per annum" auszugehen (Urk. 76/16 und 61/5, "Anlage Vergütung"; Urk. 88 und 92/2). Zudem erhält der Gesuchsgegner eine "Fixe Sondervergütung" für die ersten sechs Monate April bis September 2017 in der Höhe von € 35'000.– (Urk. 61/5, "Anlage Vergütung"). Ab dem 1. Oktober 2017 wird der variable Lohnbestandteil jeweils nach Feststellung der Bilanz anhand der aufgeführten "Prämienstruktur" berechnet und ausbezahlt (vgl. Urk. 61/5, "Anlage Vergütung"). Da die zukünftige Prämienentwicklung zum heutigen Zeitpunkt nicht voraussehbar ist, ist im Rahmen des Eheschutzverfahrens von einer durchschnittlichen Sondervergütung von jährlich € 70'000.– auszugehen, was der garantierten Prämie für die Monate April bis September 2017 von € 35'000.– entspricht. Damit beträgt das jährliche Bruttoeinkommen des Gesuchsgegners € 268'000.– bzw. € 22'333.– pro Monat. Für die Berechnung des Nettoeinkommens sind den Lohnabrechnungen des Gesuchsgegners folgende Parameter und Sozialabgaben zu entnehmen (Urk. 88 und Urk. 97/2): Steuerklasse: 1  
Kinderfreibetrag: 0 Steuerfrei: 0 Kirchensteuer: 0 Krankenversicherung (KV): € 365.40 (Maximalabzug) Rentenversicherung (RV): € 593.73 (Maximalabzug)  
Arbeitslosenversicherung (AV): € 95.25 (Maximalabzug) Pflegeversicherung (PV): € 55.46 (Maximalabzug) Auf Grundlage dieser Angaben kann mithilfe des "Lohn- und Einkommensteuerrechners" des deutschen Bundesministeriums der Finanzen die Steuerbelastung berechnet werden ([www.bmf-steuerrechner.de/bl2017](http://www.bmf-steuerrechner.de/bl2017)). Bei einem Bruttoeinkommen von € 268'000.– beträgt die Lohnsteuer pro Jahr € 99'845.– bzw. € 8'320.– pro Monat. Dazu kommt der Solidaritätszuschlag von jährlich € 5'490.– bzw. € 458.– pro Monat. Unter Berücksichtigung der vorerwähnten maximalen Sozialabgaben von insgesamt (gerundet) € 1'110.– ist beim Gesuchsgegner von einem monatlichen Nettoeinkommen von € 12'445.– auszugehen (22'333 - 1'110 - 8'320 - 458).

- 23 - Bei einem durchschnittlichen Umrechnungskurs von Fr. 1.10 entspricht dies einem Netto-Monatslohn ab April 2017 von (gerundet) Fr. 13'700.–. 4. Einkommen der Gesuchstellerin 4.1 Auch beim Erwerbseinkommen der Gesuchstellerin ging die Vorinstanz von einem Durchschnittswert der Jahre 2013 bis 2015 aus. Unter Berücksichtigung der in Abzug zu bringenden Kinderzulagen berechnete die Vorinstanz ein monatliches Nettoeinkommen der Gesuchstellerin von Fr. 5'486.–. Da das Arbeitsverhältnis der Gesuchstellerin durch deren Arbeitgeberin nachweislich per Ende Jahr 2016 gekündigt worden sei, sei ab dem 1. Januar 2017 sodann von einem monatlichen (Ersatz-)Einkommen von Fr. 4'388.– auszugehen (80% von Fr. 5'486.–), so die Vorinstanz weiter. Unter Berücksichtigung der derzeitigen gesundheitlichen Verfassung sowie des Alters der Gesuchstellerin spreche sodann nichts dagegen, ihr eine Übergangsfrist bis Ende August 2017 einzuräumen, um wieder eine Arbeitsstelle zu finden und dadurch einen vergleichbaren Lohn wie zuvor erzielen zu können. Folglich sei der Gesuchstellerin ab dem 1. September 2017 wiederum ein Einkommen von rund Fr. 5'500.– anzurechnen (Urk. 59 S. 36 f.). 4.2 Die Gesuchstellerin anerkennt für den Monat Dezember 2015 das von der Vorinstanz berechnete Einkommen von Fr. 5'486.–. Für das Jahr 2016 sei dagegen von einem durchschnittlichen Monatslohn von Fr. 5'039.– auszugehen. Unter Abzug der Kinderzulagen sowie der vergüteten Reisekosten habe sich das Einkommen der Gesuchstellerin im Jahr 2016 insgesamt auf Fr. 60'475.– bzw. Fr. 5'039.– pro Monat belaufen (Urk. 73/58 Rz 25-28; Urk. 77 Rz 21-24). 4.3 Die Vorinstanz erwog mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass bei unregelmässigem Einkommen auf den Durchschnittswert einer genügend langen Vergleichsperiode, in der Regel mehrere Jahre, abzustellen sei (Urk. 59 S. 34 mit Hinweis auf BGer 5A\_860/2011 vom 2. Juli 2012). Zur Berechnung des Bruttolohns berücksichtigte die Vorinstanz die Lohnabrechnungen bis August 2016. Teilweise seien der Gesuchstellerin zudem Reisekosten von bis zu Fr. 630.– pro Monat vergütet worden. Ferner habe sie im Oktober 2015 einen Bonus in der Höhe von Fr. 14'236.– erhalten (Urk. 59 S. 35; Urk. 46/2 und 46/3).

- 24 - Aufgrund dieser zusätzlichen Vergütungen erscheine es angemessen, auf den Durchschnittswert der letzten drei Jahreseinkommen abzustellen (Urk. 59 S. 36). 4.4 Mit diesen Erwägungen der Vorinstanz setzt sich die Gesuchstellerin in ihrer Berufungsschrift nicht auseinander. So bestreitet sie weder, dass bei ihr von einem schwankenden Einkommen auszugehen, noch, dass bei unregelmässigem Einkommen das Abstellen auf einen mehrjährigen Durchschnittswert korrekt sei. Bei einer Durchschnittsberechnung verhält es sich stets so, dass gewisse Jahreseinkommen unter und andere dafür über dem Durchschnitt liegen. Eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz ist diesbezüglich nicht ersichtlich und wird von der Gesuchstellerin auch nicht behauptet. Die Durchschnittsberechnung aus dem Erwerbseinkommen der letzten drei Jahre vor der Trennung (2013-2015) erscheint vorliegend sachgerecht und angemessen. Sie entspricht den tatsächlichen Lebens- und Einkommensverhältnissen während ungetrennter Ehe. Der Berechnung der Vorinstanz setzt die Gesuchstellerin einfach ihre eigene – davon abweichende – Einkommensberechnung entgegen, ohne darzutun, was am angefochtenen Entscheid falsch sein soll. Bereits einleitend wurde dargelegt, dass sich die Berufungsführende Partei sachbezogen mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil der Vorinstanz falsch sein soll (vgl. vorstehend E. II.2). Diesen Anforderungen genügt die Berufungsschrift der Gesuchstellerin in Bezug auf ihre Einkommensberechnung für das Jahr 2016 nicht, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist. Nach dem Gesagten ist bei der

Gesuchstellerin auch für das Jahr 2016 in Übereinstimmung mit Vorinstanz von einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 5'486.– auszugehen. 4.5 Was die Situation ab dem 1. Januar 2017 anbelangt, bringt die Gesuchstellerin berufungsweise vor, sie verfüge seither über kein Einkommen mehr, da sie zu 100% krankgeschrieben sei. Gemäss Arztzeugnis vom 3. Februar 2017 (Urk. 73/61/5) dauere die Arbeitsunfähigkeit mindestens bis Ende April 2017 an. Da sie aufgrund ihrer Krankheit nicht vermittlungsfähig sei, könne sie bis heute keine Arbeitslosengelder beziehen. Seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses per Ende Dezember 2016 verfüge sie daher über kein Einkommen mehr (Urk. 73/58

- 25 - Rz 29 f.; Urk. 73/61/6). Mit ihrer Erstberufungsantwort vom 24. April 2017 legte die Gesuchstellerin ein neues Arztzeugnis vom 10. April 2017 ins Recht, welches eine Arbeitsunfähigkeit bis Ende Mai 2017 bescheinigte (Urk. 77 Rz 25; Urk. 79/3). Am 24. Mai 2017 reichte die Gesuchstellerin eine Noveneingabe zusammen mit einem weiteren ärztlichen Zeugnis ein und brachte vor, dass sie neuerdings bis zum 26. Juli 2017 krankgeschrieben sei (Urk. 85 und 86). Aufgrund der andauernden Arbeitsunfähigkeit passte die Gesuchstellerin sodann ihr Rechtsbegehren betreffend die Unterhaltsbeiträge entsprechend an (Urk. 85 S. 1). 4.6 Der Gesuchsgegner bestreitet eine durchgehende Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin seit dem 1. Januar 2017. Die vorgelegten Arztzeugnisse, welche teilweise von Assistenzärzten im ersten Jahr nach dem Staatsexamen ausgestellt worden seien, seien ungenügend und ungeeignet, um eine dauerhafte Arbeitsunfähigkeit zu belegen (Urk. 87 Rz 20). Eine anhaltende längerfristige Unfähigkeit, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, sei nicht dargetan, wenn jegliche Diagnose und Prognose fehle (Urk. 95 Rz 31). Offenbar sei die Gesuchstellerin nach eigenem Gutdünken manchmal mit unklarer Diagnose krank, und manchmal bewerbe sie sich mit gutem Lebenslauf und guten Zeugnissen für eine Arbeitsstelle (Urk. 87 Rz 20). Tatsächlich sei die Gesuchstellerin mehrheitlich gesund gewesen und hätte sich sofort nach erfolgter Kündigung beim RAV anmelden müssen. Es sei davon auszugehen, dass sie bei einer fristgerechten Anmeldung ab 1. Januar 2017 Arbeitslosentaggelder in der Höhe von Fr. 4'388.– (80% von Fr. 5'486.–) erhalten hätte. Bei korrektem Verhalten hätte sich die Gesuchstellerin zudem während ihrer bestehenden Vermittlungsfähigkeit bewerben müssen. Solche Bewerbungen hätten durchaus zu einer Anstellung führen können, weshalb gestützt auf den vom Gesuchsgegner ins Recht gelegten Lebenslauf der Gesuchstellerin sowie die entsprechenden Lohnstatistiken spätestens ab April 2017 von einem erzielbaren Erwerbseinkommen von Fr. 6'000.– auszugehen sei (Urk. 74 Rz 37 f. und Rz 61-64; Urk. 58 Rz 17). 4.7 Vorab ist daran zu erinnern, dass im summarischen Eheschutzverfahren die tatsächlichen Verhältnisse nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu

- 26 - machen sind (BGer 5A\_112/2014 vom 11. Juli 2014, E. 1.3, mit Hinweis auf BGE 127 III 474 E. 2b/bb). In Bezug auf ihre Arbeitsunfähigkeit im Jahr 2017 hat die Gesuchstellerin im Berufungsverfahren folgende Arztzeugnisse eingereicht: – Urk. 84/6: Stadtspital Waid vom 15.12.2016 (100% arbeitsunfähig vom 15.12.2016 bis 31.01.2017) – Urk. 84/6: Stadtspital Waid vom 18.01.2017 (100% arbeitsunfähig vom 04.01.2017 bis 17.02.2017) – Urk. 73/61/5: Clenia Schlössli AG vom 03.02.2017 (100% arbeitsunfähig seit 22.01.2017 für 12 Wochen) – Urk. 73/61/6: Clenia Schlössli AG vom 13.02.2017 (100% arbeitsunfähig vom 08.11.2016 bis 13.02.2017) – Urk. 79/3: Clenia Oerlikon vom 10.04.2017 (100% arbeitsunfähig vom 24.04.2017 bis 24.05.2017) – Urk. 86: Clenia Oerlikon vom 23.05.2017 (100% arbeitsunfähig seit 24.05.2017 für 2 Wochen) Die

aufgelisteten ärztlichen Zeugnisse wurden von verschiedenen Kliniken bzw. von unterschiedlichen und von einander unabhängigen Ärzten ausgestellt. Aus den vorliegenden Akten ergeben sich keine Hinweise, wonach diese Ärzte der Gesuchstellerin ein (wahrheitswidriges) Gefälligkeitszeugnis ausgestellt hätten, zumal die gesundheitlichen Probleme der Gesuchstellerin bereits im vorinstanzlichen Verfahren ein Thema waren (vgl. Urk. 34 und 35; Urk. 41 Rz 57-59). Überdies befand sich die Gesuchstellerin belegtermassen ab dem 22. Januar 2017 (wieder) in stationärer Behandlung in der Privatklinik ... für Psychiatrie und Psychotherapie (Urk. 73/61/5 und 73/61/6), was für eine ernsthafte Erkrankung spricht. Ferner ist den ärztlichen Bescheinigungen zu entnehmen, dass zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit jeweils eine Untersuchung durch den Arzt stattgefunden hat und die Zeugnisse nicht nur gestützt auf die Angaben der Patientin erstellt worden sind (vgl. Urk. 73/61/5, 79/3, 86). Dass es sich bei den behandelnden Ärzten teilweise um Assistenzärzte ohne Dokortitel gehandelt hat, vermag die Glaubhaftigkeit der eingereichten Zeugnisse nicht nachhaltig zu erschüttern. Mit Blick auf die Strafdrohung von Art. 318 StGB (Falsches ärztliches Zeugnis) wird teilweise sogar von einem erhöhten Beweiswert dieser schriftlichen Erklärungen ausgegangen (vgl. etwa Hasenböhler, Das Beweisrecht der ZPO - Bd. 1, 2015, Rz 5.38;

- 27 - BK ZPO II-Rüetschi, Art. 177 N 18). Auch die vom Gesuchsgegner eingereichten Fotos der Gesuchstellerin auf den Malediven (Urk. 76/15 und 76/19) schliessen eine Arbeitsunfähigkeit nicht aus. Bei psychischen Erkrankungen muss eine Arbeitsunfähigkeit nicht zwingend mit einer "Reiseunfähigkeit" einhergehen. Es ist durchaus denkbar, dass eine (aus psychischen Gründen) arbeitsunfähige Person in der Lage ist, zu verreisen. Sollte sich die Gesuchstellerin während ihrer bescheinigten Arbeitsunfähigkeit tatsächlich auf den Malediven befunden haben, belegt dieser Umstand alleine noch nicht, dass sie zu dieser Zeit auch einer regelmässigen Erwerbstätigkeit hätte nachgehen können. Zusammenfassend hat die Gesuchstellerin durch die zahlreichen Atteste von verschiedenen Ärzten zumindest glaubhaft gemacht, dass sie ab dem 1. Januar 2017 arbeits- und somit auch vermittlungsunfähig war. Hinsichtlich ihrer Vermittlungsfähigkeit hat die Gesuchstellerin darüber hinaus ebenfalls belegt, dass sie sich bereits am 20. Dezember 2016 beim regionalen Arbeitsvermittlungszentrum D.\_\_\_\_ (RAV) angemeldet hatte (Urk. 84/8). Aufgrund der Krankenschreibung empfahl der Personalberater des RAV der Gesuchstellerin jedoch eine rückwirkende Abmeldung bis eine mindestens 20-prozentige Arbeitsfähigkeit vorliege. Zudem wurde die Gesuchstellerin darauf hingewiesen, dass sie sich umgehend wieder beim RAV anmelden solle, sobald sich ihr Gesundheitszustand verbessert habe (Urk. 84/9). 4.8 Was das Ende der Arbeitsunfähigkeit anbelangt, datiert das letzte aktenkundige Arztzeugnis vom 23. Mai 2017 und bescheinigt eine zweiwöchige Arbeitsunfähigkeit ab dem 24. Mai 2017 (Urk. 86). Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (Urk. 85) handelt es sich bei der von med. pract. H.\_\_\_\_ handschriftlich vermerkten Wochenanzahl, wenn man die Ziffer mit den übrigen Zahlen auf dem Dokument vergleicht, eindeutig um eine "2" und nicht um eine "9" (vgl. Urk. 86). Entsprechend dauerte die ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin bis zum 7. Juni 2017 und nicht wie von ihr behauptet bis zum 26. Juli 2017 (Urk. 85). Weitere Arztzeugnisse legte die Gesuchstellerin nicht ins Recht. Entsprechend ist davon auszugehen, dass sie ab dem 8. Juni 2017 wieder arbeits- und somit vermittlungsfähig war. Eine darüber hinausgehende (teilweise) Arbeitsunfähigkeit hat die Gesuchstellerin vorliegend weder belegt noch glaubhaft gemacht. Ihr ist ab diesem Zeitpunkt eine kurze Übergangsfrist zur (Wie-

- 28 - der)Anmeldung beim RAV zuzugestehen und voraussichtlich werden ihr auch gewisse Einstell- bzw. Wartetage angerechnet. Somit ist davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin spätestens ab Juli 2017 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung im Umfang von 80% des zuletzt erzielten Einkommens hatte, was in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (gerundet) Fr. 4'400.– entspricht (80% von Fr. 5'486.–; Urk. 59 S. 36). Realistischerweise wird die Gesuchstellerin aufgrund ihrer langen krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit bzw. -losigkeit sowie ihres Alters (51 Jahre) kaum mehr eine Anstellung finden, bei welcher sie mehr als die vorerwähnten Fr. 4'400.– zu verdienen vermag. Entgegen der Vorinstanz ist nicht zu erwarten, dass die Gesuchstellerin unter Berücksichtigung des aktuellen Arbeitsmarktumfeldes wieder einen vergleichbaren Lohn wie vor der Arbeitsunfähigkeit erzielen wird (Urk. 59 S. 36 f.). Insbesondere ist davon auszugehen, dass die psychische Erkrankung der Gesuchstellerin auch zukünftig einen Einfluss auf ihre berufliche Leistungsfähigkeit haben wird. Es erscheint den vorliegenden Umständen (Alter, Gesundheitszustand, langer Arbeitsunterbruch, Arbeitsmarktsituation) im Rahmen des Eheschutzverfahrens angemessen, auch nach der Arbeitslosigkeit weiterhin von einem hypothetischen Einkommen von maximal Fr. 4'400.– auszugehen. 4.9 Zusammenfassend ist bei der Gesuchstellerin von folgendem Einkommen auszugehen: – 16.12.2015 - 31.12.2016: Fr. 5'486.– (übereinstimmend mit der Vorinstanz); – 01.01.2017 - 30.06.2017: Fr. 0.– (Arbeits- und Vermittlungsunfähigkeit); – ab 1. Juli 2017: Fr. 4'400.– (Arbeitslosentaggelder bzw. hypothetisches Einkommen)

- 29 - 5. Bedarf der Gesuchstellerin 5.1 Die Vorinstanz berechnete den Bedarf der Gesuchstellerin im Rahmen der zweistufigen Methode wie folgt (Urk. 59 S. 33 f.): 16. Dezember 2015 bis 1. November bis 31. Ab. 1. Januar 2017 31. Oktober 2016 (Verkauf Dezember 2016 (Auflösung bis auf Weiteres Liegenschaft) ung Arbeitsverhältnis) Grundbetrag Fr. 1'200.– Fr. 1'200.– Fr. 1'200.– Wohnkosten Fr. 2'347.– Fr. 3'000.– Fr. 3'000.– Krankenkasse Fr. 449.– Fr. 449.– Fr. 449.– Gesundheitskosten Fr. 100.– Fr. 100.– Fr. 100.– Telefon/Radio/ Fr. 190.– Fr. 190.– Fr. 190.– TV/Internet Versicherungen Fr. 140.– Fr. 40.– Fr. 40.– Mobilität Fr. 460.– Fr. 460.– Fr. 460.– Auswärtige Fr. 150.– Fr. 150.– – Verpflegung Steuern Fr. 1'500.– Fr. 1'250.– Fr. 1'250.– Reinigungskraft, Fr. 883.– Fr. 700.– Fr. 700.– Ferien und Hobby Total Fr. 7'419.– Fr. 7'539.– Fr. 7'389.– 5.2 Beide Parteien kritisieren die Bedarfsberechnung der Vorinstanz in Bezug auf diverse Positionen. 5.2.1 Betreffend Wohnort bringt der Gesuchsgegner vorab vor, die Gesuchstellerin lebe offenbar seit dem Frühjahr 2017 zusammen mit ihrem neuen Lebenspartner in I. \_\_\_\_\_ (Urk. 74 Rz 23-25). Als Beleg reicht der Gesuchsgegner ein (nicht unterschriebenes) Formular der J. \_\_\_\_\_ [Bank] mit dem Titel "Domiziländerung" ein, worauf ersichtlich ist, dass die Gesuchstellerin ab dem 1. März 2017 an der "K. \_\_\_\_\_-Strasse ..." in "... I. \_\_\_\_\_" wohne (Urk. 76 /11). Zusätzlich legt der Gesuchsgegner ein Formular des Strassenverkehrsamtes ins Recht, welches die Gesuchstellerin am 12. April 2017 unterzeichnet hat. Darauf ist handschriftlich vermerkt, dass die Gesuchstellerin ab dem 1. Mai 2017 in I. \_\_\_\_\_ an der K. \_\_\_\_\_ - Strasse ... wohnen werde (Urk. 76/12). Die Gesuchstellerin bestreitet, ihren Wohnort nach I. \_\_\_\_\_ verlegt zu haben (Urk. 82 Rz 18 f.). Sie hat das bereits vom Gesuchsgegner eingereichte Formular der J. \_\_\_\_\_ (Domiziländerung) am 21. April 2017 unterzeichnet und die aktuelle Version eingereicht (Urk. 84/5). Darauf ist

- 30 - ersichtlich, dass bei der Gesuchstellerin als bisheriges und neues Domizil jeweils ihre Adresse in L. \_\_\_\_\_ angegeben ist. Möglicherweise plante die Gesuchstellerin ursprünglich

einen Umzug nach I.\_\_\_\_\_. Gestützt auf ihre Aussagen (Urk. 82 Rz 19) sowie das aktuellste und unterschriebene Formular der J.\_\_\_\_\_ (Urk. 84/5) hat sie schlussendlich aber offenbar von diesem Plan Abstand genommen. Andere Hinweise dafür, dass die Gesuchstellerin tatsächlich nach I.\_\_\_\_\_ umgezogen ist, liegen nicht vor. Dem Gesuchsgegner ist es nach dem Gesagten nicht gelungen, einen Wohnortwechsel der Gesuchstellerin glaubhaft zu machen.

5.2.2 Der Gesuchsgegner bringt weiter vor, dass die Bedarfsaufstellung der Vorinstanz verschiedene Positionen enthalte, die einzig bei der einstufig konkreten Berechnungsmethode gerechtfertigt seien. Insbesondere kritisiert der Gesuchsgegner die Aufnahme folgender Positionen im Bedarf der Gesuchstellerin: Krankenkasse VVG, Gesundheitskosten, Mobilität sowie Reinigungskraft, Ferien und Hobby (Urk. 58 Rz 14). Die Gesuchstellerin ist dagegen der Ansicht, es sei ohne Weiteres zulässig und gerechtfertigt, bei guten finanziellen Verhältnissen auch bei der zweistufigen Methode Bedarfspositionen zu berücksichtigen, die über das Existenzminimum hinausgingen (Urk. 77 Rz 15 f.). Wie vorstehend bereits ausgeführt, wird bei der zweistufigen Methode das betriebsrechtliche Existenzminimum – auch bei guten finanziellen Verhältnissen – grundsätzlich nur durch die Positionen Versicherungen, Steuern und Schulden zum familienrechtlichen Grundbedarf erweitert. Alle übrigen Auslagen wie z.B. für Kleider, Reinigungspersonal, Kultur, Freizeit oder Ferien sind aus dem Überschuss zu bezahlen. Durch diese klare Unterscheidung wird eine unrechtmässige Vermischung der beiden Berechnungsmethoden verhindert (vgl. oben E. III.B.2). Entsprechend ist die Position "Reinigungskraft, Ferien und Hobby" aus dem Bedarf (beider Parteien) zu streichen. Dasselbe gilt für die Mobilitätskosten, da es sich dabei nicht um notwendige Berufsauslagen handelt, sondern diese lediglich dem gelebten ehelichen Standard entsprechen (vgl. Urk. 59 S. 28). Solche Auslagen, die der Finanzierung des ehelichen Lebensstandards dienen, sind bei der zweistufigen Methode aus dem Überschuss zu finanzieren. Dagegen ist es in guten finanziellen Verhältnissen ohne Weiteres zulässig, unter der Position Kranken-

- 31 - versicherungsprämien diejenigen der überobligatorischen Versicherung (VVG) zu berücksichtigen (BGE 140 III 337, E. 4.2.3). Ab Januar 2017 belaufen sich die Krankenkassenprämien der Gesuchstellerin (inkl. VVG) auf Fr. 536.– pro Monat (Urk. 61/2). Dasselbe gilt für die Gesundheitskosten, welche unumgänglich und auch belegt sind und nicht direkt mit dem gehobenen Lebensstandard zusammenhängen. Zudem hat der Gesuchsgegner die Gesundheitskosten der Gesuchstellerin zumindest im Umfang von Fr. 100.– anerkannt (Urk. 74 Rz 28). Die Gesuchstellerin hat ihre aktuellen Gesundheitskosten belegt. Gemäss dem Auszug der CSS Versicherung vom 2. Januar 2017 betrug der Anteil der Gesuchstellerin an den Gesundheitskosten im Jahr 2016 Fr. 280.– pro Monat (Urk. 61/3; Urk. 77 S. 10). Von diesen Kosten ist aufgrund des Gesundheitszustandes der Gesuchstellerin auch in Zukunft auszugehen (Urk. 73/58 S. 6).

5.2.3 Was die Wohnkosten anbelangt, ist die Gesuchstellerin nach dem Verkauf der ehelichen Liegenschaft Ende Oktober 2016 in eine neue Wohnung umgezogen (vgl. Urk. 59 S. 22). Der Mietzins (inkl. Parkplatz) beträgt seither Fr. 2'319.– (Urk. 79/1). Da die Gesuchstellerin den bereits am 29. Juni 2016 unterzeichneten Mietvertrag im erstinstanzlichen Verfahren bemerkenswerterweise nicht eingereicht hatte, ging die Vorinstanz ab November 2016 von hypothetischen Wohnkosten von Fr. 3'000.– aus (Urk. 59 S. 22). Die Gesuchstellerin beantragt, es seien ihr – trotz des belegten tieferen Mietzinses – weiterhin Fr. 3'000.– anzurechnen. Da sie vom Gesuchsgegner in der Vergangenheit praktisch keine finanzielle Unterstützung erhalten habe, sei sie mangels finanzieller Mittel

nach ihrem Auszug aus der ehelichen Liegenschaft gezwungen gewesen, sich eine bescheidene Wohnung zu suchen. Der Gesuchsgegner seinerseits habe sich dagegen eine luxuriöse Wohnung mit Seeblick in M. \_\_\_\_\_ geleistet. Insbesondere unter dem Aspekt der Gleichbehandlung der Parteien rechtfertige es sich daher, im Bedarf der Gesuchstellerin Wohnkosten von Fr. 3'000.– zu berücksichtigen (Urk. 77 Rz 13). Die effektiven Wohnkosten der Gesuchstellerin ab November 2016 sind belegt (Urk. 79/1). Inwiefern die neu gemietete 4 ½-Zimmerwohnung nicht dem ehelichen Lebensstandard entspricht und sich die Gesuchstellerin entsprechend einschränken musste, führt sie nicht näher aus. Da im Eheschutzverfahren bei der

- 32 - Unterhaltsberechnung grundsätzlich von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen ist, rechtfertigt sich die Berücksichtigung von hypothetischen Wohnkosten nicht. Nach dem Gesagten ist bei der Gesuchstellerin ab November 2016 von Wohnkosten in der Höhe von Fr. 2'319.– auszugehen. 5.2.4 Der Gesuchsgegner kritisiert ferner, dass die Vorinstanz bei der Gesuchstellerin Kosten für auswärtige Verpflegung noch bis zum 31. Dezember 2016 berücksichtigt habe. Einer tatsächlichen Arbeitstätigkeit sei die Gesuchstellerin bis zum Ende der Kündigungsfrist nicht nachgegangen, was aus den Lohnkürzungen (Urk. 46/2) ersichtlich sei. Verpflegungskosten seien deshalb mit Sicherheit im November und Dezember 2016 nicht mehr angefallen (Urk. 58 Rz 13). Das Arbeitsverhältnis der Gesuchstellerin endete am 31. Dezember 2016 (Urk. 47/2). Inwiefern die vom Gesuchsgegner vorgebrachten Lohnabrechnungen für das Jahr 2015 (Urk. 46/2) belegen sollen, dass die Gesuchstellerin im November und Dezember 2016 nicht mehr gearbeitet habe, ist nicht ersichtlich. Der Gesuchstellerin sind in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Urk. 59 S. 29 f.) bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Ende Dezember 2016 Fr. 150.– für auswärtige Verpflegung anzurechnen. 5.2.5 Die Gesuchstellerin geht davon aus, dass ihr im Berufungsverfahren mutmasslich höhere Unterhaltsbeiträge zugesprochen werden. Daher sei mit einer Steuerbelastung von monatlich Fr. 1'800.– bzw. ab November 2016 (Auszug aus der Liegenschaft) mit Fr. 1'550.– zu rechnen (Urk. 73/58 Rz 20). Im summarischen Eheschutzverfahren kann nicht verlangt werden und ist auch nicht sinnvoll, dass eine exakte Berechnung der zu bezahlenden Steuern vorgenommen wird. Vielmehr hat der Eheschutzrichter die künftigen Steuerbefehle in Ausübung pflichtgemässen Ermessens zu schätzen (Six., a.a.O., Rz 2.168; ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 N 118A, Ziff. 12). Entgegen der Annahme der Gesuchstellerin fallen die Unterhaltsbeiträge gemäss vorliegendem Berufungsentscheid – mit Ausnahme der Monate Januar bis Juni 2017 – nicht höher aus. Berücksichtigt man die gesamte (voraussichtliche) Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzregelung von rund drei Jahren (2016 bis 2018), ergeben sich

- 33 - im Vergleich zum angefochtenen Urteil sogar leicht tiefere Unterhaltsbeiträge (Vorinstanz: ca. Fr. 163'000.– / Berufungsentscheid: ca. Fr. 150'000.–; vgl. nachfolgend E. B.8.7). Die von der Vorinstanz geschätzte Steuerbelastung der Gesuchstellerin ist somit nicht zu beanstanden. 5.3 Zusammenfassend stellt sich der familienrechtliche Grundbedarf der Gesuchstellerin nach den vorstehenden Erwägungen wie folgt dar: 16. Dezember 2015 bis 1. November bis Ab. 1. Januar 2017 31. Oktober 2016 (Ver- 31. Dezember 2016 bis auf Weiteres kauf Liegenschaft) (Kündigung) Grundbetrag Fr. 1'200.– Fr. 1'200.– Fr. 1'200.– Wohnkosten Fr. 2'347.– Fr. 2'319.– Fr. 2'319.– Krankenkasse Fr. 449.– Fr. 449.– Fr. 536.– Gesundheitskosten Fr. 280.– Fr. 280.– Fr. 280.– Telefon/Radio/ Fr. 190.– Fr. 190.– Fr. 190.– TV/Internet Versicherungen Fr. 140.– Fr. 40.– Fr. 40.– Mobilität Fr. 0.– Fr. 0.– Fr. 0.– Auswärtige Verpflegung Fr. 150.– Fr. 150.– – Steuern Fr. 1'500.– Fr. 1'250.– Fr. 1'250.–

Reinigungskraft, Fr. 0.– Fr. 0.– Fr. 0.– Ferien und Hobby Total Fr. 6'256.– Fr. 5'878.– Fr. 5'815.–

## **E. 6**

Bedarf des Gesuchsgegners

### **E. 6.1**

Die Vorinstanz berechnete den Bedarf des Gesuchsgegners in Anwendung der zweistufigen Methode folgendermassen (Urk. 59 S. 33 f.): 16. Dezember 2015 bis Ende Juli Ab August 2016 2016 (Beginn Praktikum E.\_\_\_\_\_) Grundbetrag Fr. 1'350.– Fr. 1'100.– Grundbetrag E.\_\_\_\_\_ Fr. 600.– – Wohnkosten Fr. 5'060.– Fr. 5'060.– Schulkosten E.\_\_\_\_\_ Fr. 2'540.– – Krankenkasse (inkl. Fr. 440.– Fr. 347.– E.\_\_\_\_\_) Telefon/Radio/TV/Internet Fr. 211.– Fr. 211.– Versicherungen Fr. 34.– Fr. 34.–

- 34 - Auswärtige Verpflegung Fr. 210.– Fr. 210.– Steuern Fr. 3'800.– Fr. 3'800.–  
Reinigungskraft, Fr. 700.– Fr. 700.– Ferien und Hobby Total Fr. 14'945.– Fr. 11'462.–

### **E. 6.2**

Wie vorstehend ausgeführt, ist auch beim Gesuchsgegner die Bedarfspositi- on "Reinigungskraft, Ferien und Hobby" zu streichen (vgl. E. III.B.5.2.1). 6.3.1 Die Gesuchstellerin erachtet die von der Vorinstanz im Bedarf des Ge- suchsgegners berücksichtigten Wohnkosten als zu hoch. Indem die Vorinstanz dem Gesuchsgegner ohne sachgerechte Gründe rund Fr. 5'000.– als Miete ange- rechnet habe, werde der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien verletzt. Dem Gesuchsgegner sei daher ab 1. April 2017 (nächstmöglicher Kündigungster- min) ein Mietzins von höchstens Fr. 3'000.– anzurechnen (Urk. 73/58 Rz 14). Die- se Ansicht vertrat die Gesuchstellerin bereits vor Vorinstanz (Urk. 9 Rz 28). Der Gesuchsgegner hat am 1. April 2017 eine neue Arbeitsstelle in Deutsch- land angetreten (Urk. 76/16), weshalb er nach N.\_\_\_\_\_ umgezogen ist. Der neue Mietvertrag liegt vor (Urk. 76/1). Bei einem durchschnittlichen Umrechnungskurs von Fr. 1.10 betragen die Wohnkosten des Gesuchsgegners ab April 2017 Fr. 2'100.–. Entsprechend erübrigt sich der vorerwähnte Antrag der Gesuchstelle- rin. Die Gesuchstellerin anerkennt grundsätzlich die Wohnkosten des Gesuchs- gegners nach seinem Umzug nach Deutschland. Sie behauptet aber, der Ge- suchsgegner wohne mit seiner Lebenspartnerin, O.\_\_\_\_\_, zusammen, weshalb ihm nur die Hälfte der Mietkosten anzurechnen seien. Als Beleg für diese Behaup- tung reicht die Gesuchstellerin diverse Fotos der Liegenschaft "... [Adresse]" in N.\_\_\_\_\_ ein (Urk. 82 Rz 7; Urk. 84/2). Wann diese Bilder entstanden sind, führt die Gesuchstellerin nicht näher aus und ist auf den Fotos auch nicht ersichtlich. Der Umstand alleine, dass auf dem Briefkasten die Namen "O.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_" angebracht sind, bedeutet nicht zwingend, dass die (angebliche) Partnerin des Gesuchsgegners auch an dieser Adresse ihren Wohnsitz hat. Der Mietvertrag des Gesuchsgegners führt nur einen Mieter auf und wurde auch nur vom Gesuchs-

- 35 - gegner alleine unterzeichnet (Urk. 76/1). Zudem hat der Gesuchsgegner glaubhaft gemacht, dass er die gesamte Miete von € 1'900.– jeweils von seinem Konto überweist (Urk. 97/1). Nach dem Gesagten ist es der Gesuchstellerin nicht gelun- gen, alleine gestützt auf eine Fotografie, glaubhaft zu machen, dass der Gesuchs- gegner in N.\_\_\_\_\_ zusammen mit seiner Partnerin im gleichen Haushalt lebt. 6.3.2 Die Gesuchstellerin bringt weiter vor, der Grundbetrag sowie die Kosten für Telefon/Radio/TV/Internet seien nach dem Umzug des Gesuchsgegners auf- grund des tieferen Preisniveaus in Deutschland um rund 40% zu

reduzieren (Urk. 77 Rz 49 und 52). Der Gesuchsgegner behauptet hingegen, das Preisniveau in N.\_\_\_\_\_ sei durchaus mit Zürich vergleichbar. Zudem tätige er seine privaten Ausgaben in verschiedenen Städten, da er viel geschäftlich unterwegs sei (Urk. 87 Rz 33). Lebt ein Unterhaltsgläubiger oder -schuldner in einem Land mit tieferem oder (seltener) höherem Lebenshaltungskostenniveau, so ist bei der Bedarfsberechnung in Bezug auf Pauschalbeträge darauf Rücksicht zu nehmen. Die unterschiedlichen Lebensstandards in den verschiedenen Staaten werden praxisgemäss anhand internationaler Kaufkraftvergleiche (z. B. von internationalen Grossbanken) ermittelt (Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz 02.71 f.; BGer 5A\_736/2007 vom 20. März 2008, E. 3.2). Um den (notorisch) tieferen Lebenshaltungskosten in Deutschland Rechnung zu tragen, erweist es sich als sachgerecht, auf den UBS-Index ("Preise und Löhne 2015"; <https://www.ubs.com/microsites/prices-earnings/prices-earnings.html>) abzustellen (vgl. Urk. 79/5). Aus der aktuellen Ausgabe (S. 8) ergibt sich für Frankfurt ein Preisniveau ohne Mietkosten verglichen mit Zürich (= 100%) von 60.6%, für München von 60.3% und für Berlin von 58.3%. Es rechtfertigt sich nach dem Gesagten, von einem deutschlandweiten Durchschnittswert von 60% auszugehen, was zu einem Grundbetrag für den alleinstehenden Gesuchsgegner ohne Haushaltsgemeinschaft von Fr. 720.– führt (60% von Fr. 1'200.–). Ebenfalls um 40% auf Fr. 127.– zu reduzieren, sind die Pauschalkosten für Telefon/Radio/TV/Internet (60% von Fr. 211.–). Durch die Verwendung eines bundesweiten Durchschnittswertes wird auch der Behauptung des Gesuchs-

- 36 - gegners Rechnung getragen, wonach er seine privaten Ausgaben (angeblich) in verschiedenen Städten tätige. 6.3.3 Sodann bestreitet die Gesuchstellerin, dass dem Gesuchsgegner nach seinem Stellenwechsel regelmässig Kosten für auswärtige Verpflegung anfallen würden. Diese seien weder glaubhaft gemacht noch ausgewiesen. Es sei davon auszugehen, dass die Arbeitgeberin für Essenskosten im Zusammenhang mit auswärtigen beruflichen Terminen aufkomme. Sollten im Bedarf des Gesuchsgegners dennoch Kosten für auswärtige Verpflegung berücksichtigt werden, so seien diese aufgrund der tieferen Lebenshaltungskosten in Deutschland auf maximal Fr. 80.– zu reduzieren (Urk. 77 Rz 54; Urk. 94 Rz 33). Der Gesuchsgegner bringt diesbezüglich vor, dass die Spesenentschädigungen der Arbeitgeberin die privaten Essensausgaben regelmässig nicht decken würden. Der Gesuchsgegner sei viel unterwegs und er könne die entsprechenden Verpflegungskosten nicht der Arbeitgeberin belasten (Urk. 77 Rz 34). Der Ansicht der Gesuchstellerin ist insofern zu folgen, dass Verpflegungskosten für "auswärtige berufliche Termine" offenbar von der Arbeitgeberin des Gesuchsgegners im Rahmen einer effektiven Spesenentschädigung übernommen werden. So ist den aktenkundigen Lohnabrechnungen zu entnehmen, dass der Gesuchsgegner im Mai 2017 € 30.60 und im Juni 2017 € 281.– als "Verpflegungspauschale" erhalten hat (Urk. 97/2). In seinem ersten Monat (Mai 2017) erhielt der Gesuchsgegner demgegenüber keine solche Verpflegungspauschale (Urk. 88). Dies spricht dafür, dass nur ausgewiesene und vereinzelte Mahlzeiten von der Arbeitgeberin im Sinne einer Spesenvergütung bezahlt werden. Die ordentlichen und regelmässigen Verpflegungskosten werden demgegenüber – wie aus der Lohnabrechnung April 2017 ersichtlich ist – offenbar nicht entschädigt. Entsprechend sind im Bedarf des Gesuchsgegners in Übereinstimmung mit der Vorinstanz weiterhin gerichtswöhnliche Verpflegungskosten für ein 100%-Pensum im Umfang von Fr. 210.– zu berücksichtigen (vgl. Urk. 59 S. 29 f.). Aufgrund des tieferen Preisniveaus in Deutschland (insbesondere für auswärtige Verpflegung) sind aber auch diese Auslagen um 40% auf Fr. 126.– zu reduzieren (vgl. vorstehende E. 6.3.2).

- 37 - 6.3.4 In Bezug auf die Steuern beanstandet der Gesuchsgegner die vorinstanzliche Berechnung von monatlich Fr. 3'800.– als zu tief. Die Vorinstanz gehe von einem steuerbaren Einkommen von Fr. 255'715.– bzw. einer Steuerbelastung von jährlich Fr. 55'780.– aus. Diese Berechnung sei willkürlich, ergebe doch die korrekte Steuerberechnung bei einem steuerbaren Einkommen von Fr. 255'715.– für Staats- und Gemeindesteuern Fr. 36'731.– und für die Bundessteuer Fr. 19'552.– (total somit Fr. 56'283.–). Somit müsse bis zu seinem Umzug nach Deutschland von einer monatlichen Steuerbelastung von Fr. 4'690.– ausgegangen werden (Urk. 58 Rz 24 mit Verweis auf Urk. 61/2; Urk. 74 Rz 26). Die Gesuchstellerin ihrerseits geht im Berufungsverfahren von mutmasslich höheren Unterhaltsbeiträgen aus, weshalb mit einer Steuerbelastung des Gesuchsgegners von höchstens Fr. 3'500.– zu rechnen sei (Urk. 73/58 Rz 15). Sowohl die Vorinstanz als auch der Gesuchsgegner gehen bei der Steuerberechnung von einem steuerbaren Einkommen von Fr. 255'715.– bzw. einer Steuerbelastung von jährlich rund Fr. 56'000.– aus. Im Unterschied zur Vorinstanz übersieht der Gesuchsgegner aber offensichtlich, dass die zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge noch zusätzlich abzugsfähig sind, so wie dies dem angefochtenen Urteil explizit entnommen werden kann (Urk. 59 S. 32). Mit dieser Erwägung setzt sich der Gesuchsgegner nicht auseinander. Aus seinen Ausführungen geht nicht hervor, weshalb er die Unterhaltsbeiträge bei der Steuerberechnung unberücksichtigt lässt. Beim steuerbaren Einkommen von Fr. 255'715.– sind gemäss Berechnung der Vorinstanz lediglich Abzüge für Berufsauslagen, Versicherungsprämien sowie der Sozialabzug berücksichtigt. Entsprechend sind für eine korrekte Steuerberechnung zusätzlich die Unterhaltsbeiträge abzuziehen, so wie dies die Vorinstanz zu Recht getan hat. Unter Berücksichtigung von abzugsfähigen Unterhaltsbeiträgen von durchschnittlich rund Fr. 50'000.– pro Jahr (vgl. nachfolgend E. B.8.7) ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von einer jährlichen Steuerbelastung von Fr. 45'600.– bzw. Fr. 3'800.– pro Monat ausgegangen ist. Eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine falsche Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz hat der Gesuchsgegner nicht dargetan und ist vorliegend auch nicht ersichtlich. Wie bereits ausgeführt (vorstehend E. B.5.2.5), handelt es sich bei der Bedarfsposition "Steuern" im Eheschutzverfahren lediglich um einen Annäherungswert. Nicht zielführend ist somit auch das pauschale und unsubstantiierte Vorbringen der Gesuchstellerin, wonach die Steuerbelastung des Gesuchsgegners um Fr. 300.– zu reduzieren sei. Da die Unterhaltsbeiträge – entgegen der Annahme der Gesuchstellerin – vorliegend nicht höher ausfallen als im angefochtenen Entscheid, rechtfertigt sich auch keine Reduktion der Steuern im Bedarf des Gesuchsgegners. Nach dem Umzug nach Deutschland sind im Bedarf des Gesuchsgegners keine Steuern mehr gesondert zu berücksichtigen, da diese jeweils direkt vom Lohn abgezogen werden, wovon auch der Gesuchsgegner selbst ausgeht (Urk. 74 Rz 26).

6.3.5 Schliesslich hat auch der Gesuchsgegner belegt, dass er in Deutschland eine private Zusatzversicherung für € 100.– (= Fr. 110.–) pro Monat abgeschlossen hat (Urk. 76/14). Entsprechend sind diese ausgewiesenen Krankenkassenprämien im Bedarf des Gesuchsgegners ab April 2017 zu berücksichtigen.

#### **E. 6.4**

Zusammenfassend stellt sich der familienrechtliche Grundbedarf des Gesuchsgegners wie folgt dar: 16. Dezember 2015 bis Ab April 2017 (Umzug August 2016 bis Ende Juli 2016 (Beginn zug nach Deutschland März 2017) Praktikum E. \_\_\_\_\_) Grundbetrag Fr. 1'350.–

Fr. 1'100.– Fr. 720.– Grundbetrag E. \_\_\_\_\_ Fr. 600.– – – Wohnkosten Fr. 5'060.– Fr. 5'060.–  
Fr. 2'100.– Schulkosten E. \_\_\_\_\_ Fr. 2'540.– – – Krankenkasse Fr. 440.– Fr. 347.– Fr. 110.–  
Telefon/Radio/ Fr. 211.– Fr. 211.– Fr. 127.– TV/Internet Versicherungen Fr. 34.– Fr. 34.–  
Fr. 34.– Auswärtige Fr. 210.– Fr. 210.– Fr. 126.– Verpflegung Steuern Fr. 3'800.– Fr.  
3'800.– Fr. 0.– Reinigungskraft Fr. 0.– Fr. 0.– Fr. 0.– Ferien und Hobby Total Fr. 14'245.–  
Fr. 10'762.– Fr. 3'217.–

- 39 -

## **E. 6.5**

Weitere Einwände gegen die vorinstanzliche Bedarfsberechnung bringen die Parteien nicht vor.

## **E. 7**

Zwischenfazit Aufgrund der zwischenzeitlichen Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin (Januar bis Juni 2017) sowie der neuen Arbeitsstelle des Gesuchsgegners (ab April 2017) ergeben sich für die Unterhaltsberechnung folgende sechs Phasen: 1. Phase: 16.12.2015 - 31.07.2016 (Beginn Praktikum E. \_\_\_\_\_) 2. Phase: 01.08.2016 - 31.10.2016 (Verkauf der ehelichen Liegenschaft und Umzug der Gesuchstellerin) 3. Phase: 01.11.2016 - 31.12.2016 (Kündigung und Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin) 4. Phase: 01.01.2017 - 31.03.2017 (Neue Arbeitsstelle und Umzug des Gesuchsgegners nach Deutschland) 5. Phase: 01.04.2017 - 30.06.2017 (Ende der Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin) 6. Phase: ab 01.07.2017 (Hypothetisches [Ersatz]Einkommen der Gesuchstellerin) Unter Berücksichtigung der vorerwähnten sechs Phasen stellt sich die Gesamtsituation – im Vergleich zum angefochtenen Urteil – wie folgt dar (vgl. Urk. 59 S. 37 f.): 1. Phase Gesuchstellerin Gesuchsgegner 16. Dezember 2015 bis Ende Juli 2016 Bedarf Fr. 6'256.– Fr. 14'245.– Einkommen Fr. 5'486.– Fr. 24'885.– Frei- bzw. Fehlbetrag –Fr. 770.– Fr. 10'640.– Nach Deckung des Bedarfs verbleibender Überschuss: Fr. 9'870.– 2. Phase Gesuchstellerin Gesuchsgegner August bis Oktober 2016 Bedarf Fr. 6'256.– Fr. 10'762.– Einkommen Fr. 5'486.– Fr. 24'885.– Frei- bzw. Fehlbetrag –Fr. 770.– Fr. 14'123.– Nach Deckung des Bedarfs verbleibender Überschuss: Fr. 13'353.–

- 40 - 3. Phase Gesuchstellerin Gesuchsgegner November und Dezember 2016 Bedarf Fr. 5'878.– Fr. 10'762.– Einkommen Fr. 5'486.– Fr. 24'885.– Frei- bzw. Fehlbetrag –Fr. 392.– Fr. 14'123.– Nach Deckung des Bedarfs verbleibender Überschuss: Fr. 13'731.– 4. Phase Gesuchstellerin Gesuchsgegner Januar bis März 2017 Bedarf Fr. 5'815.– Fr. 10'762.– Einkommen Fr. 0.– Fr. 24'885.– Frei- bzw. Fehlbetrag –Fr. 5'815.– Fr. 14'123.– Nach Deckung des Bedarfs verbleibender Überschuss: Fr. 8'308.– 5. Phase Gesuchstellerin Gesuchsgegner April bis Juni 2017 Bedarf Fr. 5'815.– Fr. 3'217.– Einkommen Fr. 0.– Fr. 13'700.– Frei- bzw. Fehlbetrag –Fr. 5'815.– Fr. 10'483.– Nach Deckung des Bedarfs verbleibender Überschuss: Fr. 4'668.– 6. Phase Gesuchstellerin Gesuchsgegner ab Juli 2017 Bedarf Fr. 5'815.– Fr. 3'217.– Einkommen Fr. 4'400.– Fr. 13'700.– Frei- bzw. Fehlbetrag –Fr. 1'415.– Fr. 10'483.– Nach Deckung des Bedarfs verbleibender Überschuss: Fr. 9'068.–

## **E. 8**

Berechnung der Unterhaltsbeiträge / Überschussverteilung

### **E. 8.1**

Hinsichtlich der vorzunehmenden Überschussverteilung berücksichtigte die Vorinstanz, dass sich die fehlende Sparquote der Parteien darauf zurückführen lasse, dass sie in der

Vergangenheit stets einen beachtlichen Teil des Familieneinkommens in die Ausbildung der Kinder investiert hätten und dies noch heute täten. Die Parteien hätten sich unbestrittenermassen auf eine Lebenshaltung geeinigt, bei welcher die Ausbildung der Kinder an erster Stelle stehe. Unter Berücksichtigung dieser Tatsache sowie der Maxime, dass die tatsächlich gelebte Lebenshaltung die obere Schranke für den Unterhaltsanspruch bilde und im Eheschutzverfahren eine unzulässige Vermögensverschiebung zu vermeiden sei, sei vorliegend von einer hälftigen Überschussverteilung abzugehen. Unter Würdigung der Gesamtumstände erscheine es angemessen und dem gelebten Standard ent-

- 41 - sprechend, der Gesuchstellerin in der ersten Phase, in welcher die wesentlichen Kosten von E. \_\_\_\_\_ im Bedarf des Gesuchsgegners berücksichtigt worden seien, zwei Fünftel und für die weiteren Phasen jeweils noch einen Fünftel des Überschusses zuzuteilen (Urk. 59 S. 38 f.).

### **E. 8.2**

Die Gesuchstellerin rügt vor Obergericht, dass die Vorinstanz die fehlende Sparquote der Parteien völlig willkürlich darauf zurückführe, dass die Parteien in der Vergangenheit einen beachtlichen Teil des Familieneinkommens in die Ausbildung der Kinder investiert hätten. Richtig sei zwar, dass alle drei Kinder in der Vergangenheit eine Privatschule besucht hätten, deren Kosten pro Kind und Monat Fr. 2'540.– betragen hätten. Daneben sei das Geld aber von den Parteien, insbesondere vom Gesuchsgegner, hauptsächlich für sehr teure Ferien, teure Kleidung und Autos immer sofort und regelmässig ausgegeben worden. Zudem würden Ausbildungskosten für unmündige Kinder Ausgaben darstellen, welche im Bedarf des einen oder anderen Ehegatten zu berücksichtigen seien. Fielen diese Kosten weg, ergebe sich dadurch eine Änderung in den finanziellen Verhältnissen der Parteien. Der Wegfall solcher Kosten führe demgegenüber nicht zu einer Sparquote, sondern zu frei werdenden finanziellen Mitteln, welche angemessen unter den Parteien aufzuteilen seien. Des Weiteren würde die von der Vorinstanz vorgenommene Aufteilung des Überschusses auch eine Verletzung des Grundsatzes bedeuten, wonach der Unterhaltsanspruch des Ehegatten demjenigen des mündigen Kindes in Erstausbildung vorgehe. Dass die Ausbildungskosten der Kinder bei der Überschussverteilung nicht zu berücksichtigen seien, sei des Weiteren aber auch deshalb gerechtfertigt, weil das Urteil (korrekterweise) keine Verpflichtung des Beklagten enthalte, für den Unterhalt der mündigen Kinder auch effektiv aufzukommen, und damit weder die Kinder noch die Gesuchstellerin einen Anspruch daraus ableiten könnten. Somit dürften Kinderkosten im Rahmen der Überschussverteilung nicht berücksichtigt werden, da dies zu einer unzulässigen Schmälerung des Anspruchs der unterhaltberechtigten Partei führen würde. Zusammenfassend rechtfertige es sich daher, den Überschuss im Verhältnis von 1/3 zu 2/3 unter den Parteien aufzuteilen, solange die jüngste Tochter noch minderjährig gewesen sei. Ab 1. August 2016 sei der Überschuss sodann hälftig unter den Parteien aufzuteilen (Urk. 73/58 Rz 34-38; Urk. 77 Rz 63).

- 42 -

### **E. 8.3**

Im vorliegenden Eheschutzverfahren geht es weder darum, den Unterhalt für die volljährigen Kinder zu bestimmen, noch den Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin zugunsten der Kinder zu schmälern. Bei der Aufteilung des Überschusses ist lediglich darauf zu achten, dass nur dasjenige Einkommen der Parteien berücksichtigt wird, welches in der Vergangenheit tatsächlich zur Bestreitung des ehelichen Lebensunterhalts verwendet

wurde. Ergibt sich, dass ein Teil des Einkommens nicht in die Lebenshaltung der Ehegatten geflossen ist (weil es nachweislich für andere Zwecke verwendet wurde), sind diese Auslagen bei der Überschussverteilung angemessen zu berücksichtigen. Die Gesuchstellerin hat nach dem Gesagten keinen Anspruch auf Teilhabe am Familieneinkommen, soweit dieses während der Ehe effektiv in die Ausbildung der gemeinsamen Kinder geflossen sein sollte und dadurch nicht zur Finanzierung des ehelichen Lebensstandards zur Verfügung stand (vgl. zum Ganzen vorstehend E. III.A.5).

#### **E. 8.4**

Die Gesuchstellerin wirft der Vorinstanz eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung vor, indem sie die fehlende Sparquote darauf zurückführe, dass die Parteien in der Vergangenheit stets einen beachtlichen Teil ihres Familieneinkommens in die Ausbildung der Kinder investiert hätten. Im gleichen Absatz führt die Gesuchstellerin dann aber aus, es sei richtig, dass alle drei Kinder in der Vergangenheit eine Privatschule für rund Fr. 2'500.– pro Monat und Kind besucht hätten (Urk. 73/58 Rz 34). Die Erwägung der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden, wonach es offenkundig und auch belegt sei, dass stets ein beachtlicher Teil des Familieneinkommens zur Finanzierung der Ausbildung der Kinder verwendet worden sei (Urk. 59 S. 17 f.). Vor Vorinstanz führte die Gesuchstellerin anlässlich ihrer Anhörung aus, dass die Kinder und deren Ausbildung immer "erste Priorität" gehabt hätten (Prot. I S. 28). So bestätigte sie insbesondere, dass der "Unterhalt" der (erwachsenen) Kinder durch die Parteien finanziert werde (Prot. I S. 19). Auf die Frage der Vorderrichterin, wer die Mietkosten der Kinder während der Wohnsituation in Q.\_\_\_\_\_ bezahlt habe, antwortete die Gesuchstellerin: "Das ging von unserem gemeinsamen J.\_\_\_\_\_ -Konto ab." (Prot. I S. 20). Auch der Gesuchsgegner hat im erstinstanzlichen Verfahren ausführlich dargelegt und mit Urkunden nachgewiesen, dass die Parteien ihre Kinder regelmässig und grosszügig finanziell unterstützt haben (Urk. 41 S. 6 ff.; Urk. 15/9-20). Diese Ausführungen und Be-

- 43 - lege, wonach ein Grossteil des Einkommens der Parteien während des Zusammenlebens in die Ausbildung der Kinder investiert worden sei, hat die Gesuchstellerin vor Vorinstanz nie bestritten und bestreitet dies auch im Berufungsverfahren nicht substantiiert. Es ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz demnach davon auszugehen, dass die fehlende Sparquote (unter anderem) darauf zurückzuführen ist, dass in der Vergangenheit stets ein beachtlicher Teil des Familieneinkommens zur Finanzierung der Ausbildung der Kinder verwendet wurde. Damit ist auch gesagt, dass dieser Anteil am Familieneinkommen nie zur Bestreitung des ehelichen Lebensstandards der Gesuchstellerin zur Verfügung stand. Stand aufgrund der von den Ehegatten vereinbarten bzw. tatsächlich gelebten Lebenshaltung während des Zusammenlebens demnach nur ein Teil des Einkommens für den ehelichen Unterhalt zur Verfügung, so besteht kein Grund, während des Getrenntlebens auch den bis anhin der Ausbildung der Kinder dienenden Teil des Einkommens unter den Ehegatten aufzuteilen. Ein Ehegatte soll nach der Trennung finanziell nicht besser dastehen als vorher. Der Ehegattenunterhalt im Rahmen des Eheschutzverfahrens dient der Deckung des künftigen Bedarfs und weder der Anhäufung von Vermögen noch dem Aufbau einer Altersreserve (Fam-Komm Scheidung/Vetterli, Art. 176 ZGB N 31). Nach dem Gesagten rechtfertigt es sich vorliegend in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, von einer hälftigen Teilung des Freibetrages abzusehen.

#### **E. 8.5**

Nachdem feststeht, dass die Parteien ihr gesamtes Einkommen für den Unterhalt der fünfköpfigen Familie verwendet haben und entsprechend keine Ersparnisse gebildet haben, erscheint es angemessen, den Überschuss (rechnerisch) auf die fünf Familienmitglieder zu verteilen. Aufgrund der grosszügigen finanziellen Unterstützung der (erwachsenen) Kinder während des Zusammenlebens ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Freibetrag zu 40% den Eltern und zu 60% den drei gemeinsamen Kindern zugeordnet hat. Diese Aufteilung widerspiegelt im Grossen und Ganzen die vereinbarte bzw. tatsächlich gelebte Lebenshaltung der Ehegatten, welche im Rahmen des Eheschutzverfahrens massgeblich ist. Während der ersten Phase (16. Dezember 2015 bis 31. Juli 2016) wurden die Unterhaltskosten der jüngsten Tochter E.\_\_\_\_\_ noch im Bedarf des Gesuchsgegners berücksichtigt (Urk. 59 S. 33 f.). Entsprechend musste in

- 44 - dieser Phase nur der Unterhaltbedarf der beiden älteren (erwachsenen) Kinder aus dem Überschuss finanziert werden, weshalb der Gesuchstellerin bis Ende Juli 2016 – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – 2/ des Freibetrags zustanden. 5

### **E. 8.6**

Nicht zu folgen ist der Ansicht des Gesuchsgegners, wonach die Kinder bei der Überschussverteilung zweimal zu berücksichtigen seien: Einerseits mit den tatsächlichen Auslagen und andererseits mit einem Anteil am Überschuss. Die Freibetragsaufteilung der Vorinstanz benachteilige nach Ansicht des Gesuchsgegners die bereits volljährigen Kinder, da bei dieser Regelung ihre effektiven Auslagen nicht berücksichtigt würden. Korrekterweise müssten die Grundbedürfnisse der Kinder vorab vom Überschuss abgezogen und dieser erst anschliessend unter allen fünf Familienmitgliedern aufgeteilt werden (Urk. 58 Rz 32-38). Wie der Gesuchsgegner selbst vorbringt, würde seine Berechnungsmethode zu einer (unsachgemässen) doppelten Berücksichtigung der volljährigen Kinder bei der Überschussverteilung führen. Im Eheschutzverfahren geht es nicht darum, die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel gleichmässig und ausgewogen auf die erwachsenen Kinder und die Eltern aufzuteilen. Die volljährigen Kinder sind vorliegend bei der Freibetragsaufteilung einzig und allein deshalb zu berücksichtigen, weil nachweislich ein Grossteil des Familieneinkommens in deren Ausbildung investiert wurde und somit nicht für die Bestreitung der ehelichen Lebenshaltungskosten zur Verfügung stand. Es ist nicht Aufgabe des Eheschutzrichters, im summarischen Verfahren den tatsächlichen Bedarf von mündigen Kindern zu berechnen, zumal sich dieser je nach Ausbildungs-, Arbeits- und Wohnsituation regelmässig verändert. Die mittlerweile volljährigen Kinder sind zudem nicht Partei im vorliegenden Eheschutzverfahren ihrer Eltern, weshalb es sich – entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners (Urk. 58 Rz 38) – nicht rechtfertigt, ihnen für allfällige Hobbies und Ferien einen Anteil am Überschuss anzurechnen. Der Freibetrag ist einzig zwischen den Prozessparteien aufzuteilen, wobei die Ausbildungskosten der Kinder insofern Berücksichtigung finden, als diese nicht der Gesuchstellerin zur Finanzierung ihres Lebensunterhaltes zur Verfügung standen. Die vom Gesuchsgegner beantragte zweifache Berücksichtigung der Kinderkosten findet weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung eine Stütze. Inwiefern

- 45 - der vorinstanzliche Ermessensentscheid eine unrichtige Rechtsanwendung darstellen soll, konnte der Gesuchsgegner nicht darlegen und ist auch nicht ersichtlich.

### **E. 8.7**

In der Annahme, dass die vorliegende Unterhaltsregelung voraussichtlich rund drei Jahre Gültigkeit haben wird (2 Jahre Getrenntleben zuzüglich 1 Jahr Scheidungsverfahren), resultieren zusammengefasst folgende (gerundete) Unterhaltsansprüche der Gesuchstellerin (vgl. Tabelle in E. B.7 oben): Anteil am Über- Unterhaltsan- Gemäss vorin- Fehlbetrag Total Phase schuss spruch stanzlichem Urteil 1. Phase (7M) Fr. 770.– Fr. 3'948.– (40%) Fr. 4'720.– Fr. 33'040.– Fr. 35'945.– 2. Phase (3M) Fr. 770.– Fr. 2'670.– (20%) Fr. 3'440.– Fr. 10'320.– Fr. 12'693.– 3. Phase (2M) Fr. 392.– Fr. 2'746.– (20%) Fr. 3'140.– Fr. 6'280.– Fr. 8'654.– 4. Phase (3M) Fr. 5'815.– Fr. 1'662.– (20%) Fr. 7'475.– Fr. 22'425.– Fr. 15'255.– 5. Phase (3M) Fr. 5'815.– Fr. 934.– (20%) Fr. 6'750.– Fr. 20'250.– Fr. 12'981.– 6. Phase (18M) Fr. 1'415.– Fr. 1'814.– (20%) Fr. 3'230.– Fr. 58'140.– Fr. 77'886.– TOTAL (für drei Jahre; 2016-2018) Fr. 150'455.– Fr. 163'414.– C. Unterhalt bis zur Volljährigkeit von E.\_\_\_\_\_ 1. Die Gesuchstellerin kritisiert die Feststellung der Vorinstanz, wonach der Gesuchsgegner seit dem 16. Dezember 2015 (Zeitpunkt des Getrenntlebens) bis zur Volljährigkeit von E.\_\_\_\_\_ bereits vollumfänglich für ihre Kosten aufgekomen sei (Urk. 59 Dispositivziffer 5). Es liege nicht in der Kompetenz des Eheschutzrichters zu beurteilen, ob der Gesuchsgegner für den Unterhalt von E.\_\_\_\_\_ tatsächlich aufgekommen sei oder nicht, zumal die Gesuchstellerin gar keinen Unterhaltsanspruch für E.\_\_\_\_\_ geltend gemacht habe (Urk. 73/58 Rz 48; Urk. 82 Rz 66 f.). 2. Befinden sich zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung minderjährige Kinder unter elterlicher Sorge, ist das Eheschutzgericht zuständig, die Unterhaltsverpflichtungen und andere Wirkungen des Eltern-Kind-Verhältnisses zu regeln. Im Gegensatz zu den übrigen Eheschutzmassnahmen hat der Eheschutzrichter diese Anordnungen von Amtes wegen, d.h. ohne dass ein Elternteil dies beantragt, zu treffen (BSK ZGB I-Schwander, Art. 176 N 11).

- 46 - 3. Zum Zeitpunkt der Anhängigmachung des vorliegenden Eheschutzverfahrens am 9. November 2015 (Urk. 1) war E.\_\_\_\_\_, die jüngste Tochter der Parteien, noch minderjährig. Entsprechend war die Vorinstanz nicht nur berechtigt, sondern aufgrund der Officialmaxime verpflichtet, die Kinderbelange von E.\_\_\_\_\_, insbesondere deren Unterhalt bis zur Volljährigkeit am tt.mm. 2016, zu regeln. Die Gesuchstellerin bestreitet nicht, dass E.\_\_\_\_\_ bis zu ihrer Volljährigkeit beim Gesuchsgegner gelebt hat und letzterer bis zu diesem Zeitpunkt vollständig für ihren Unterhalt aufgekommen ist. Sie hat auch nicht behauptet, dass sie dem Gesuchsgegner während der Unmündigkeit von E.\_\_\_\_\_ jemals Unterhaltsbeiträge bezahlt hat. Nach dem Gesagten ist die Feststellung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, wonach der Gesuchsgegner seit dem 16. Dezember 2015 bis zur Volljährigkeit von E.\_\_\_\_\_ bereits vollumfänglich für ihre Kosten aufgekommen ist. Zudem hat die Vorinstanz aufgrund mangelnder Leistungsfähigkeit bewusst darauf verzichtet, die Gesuchstellerin zu verpflichten, für die minderjährige Tochter Unterhaltsbeiträge zu leisten (Urk. 59 S. 12), was von keiner Partei beanstandet wurde. Da die Gesuchstellerin zu keinen Kinderunterhaltsbeiträgen verpflichtet wurde, ist nicht ersichtlich, inwiefern sie durch die Feststellung der Vorinstanz gemäss Dispositivziffer 5 des angefochtenen Urteils beschwert ist. Dies gilt umso mehr, als die Gesuchstellerin vor Vorinstanz noch selbst beantragt hatte, es sei E.\_\_\_\_\_ unter die elterliche Obhut des Gesuchsgegners zu stellen und es sei vorzumerken, dass er die Unterhaltskosten von E.\_\_\_\_\_ alleine zu tragen habe (Urk. 9 Rz 4 und 7). Nach dem Gesagten ist die Feststellung der Vorinstanz zu bestätigen, wonach der Gesuchsgegner seit dem 16. Dezember 2015 bis zur Volljährigkeit von E.\_\_\_\_\_ bereits vollumfänglich für ihre Kosten aufgekommen ist (Urk. 59 Dispositivziffer 5). D. Anrechnung der Kinderzulagen 1. Die Vorinstanz verpflichtete die Gesuchstellerin, sich die von ihr bezogenen Kinderzulagen für E.\_\_\_\_\_ seit dem 16. Dezember 2015 bis Ende Juli

2016 an die Unterhaltszahlungen des Gesuchsgegners anrechnen zu lassen (Urk. 59 Dispositivziffer 7). Aus den Lohnabrechnungen sei ersichtlich, dass die Gesuchstellerin bis anhin Kinderzulagen in der Höhe von Fr. 750.– pro Monat bezogen habe.

- 47 - Da der Gesuchsgegner seit der Trennung der Parteien für die wesentlichen Aufwendungen von E.\_\_\_\_\_ aufgekommen sei, habe sich die Gesuchstellerin die seit der Trennung der Parteien von ihr bezogenen Kinderzulagen für E.\_\_\_\_\_ bis Ende Juli 2016 an ihren Unterhaltsanspruch anrechnen zu lassen (Urk. 59 S. 35 f.). 2. Die Gesuchstellerin beantragt berufungsweise, es sei Dispositivziffer 7 des angefochtenen Urteils ersatzlos aufzuheben. Die Vorinstanz gehe willkürlich davon aus, dass die Gesuchstellerin die von ihr bezogenen Kinderzulagen für sich selber einbehalten habe. Dies treffe jedoch nicht zu. Die Gesuchstellerin habe seit der Trennung der Parteien die Kinderzulagen, solange sie diese erhalten habe, jeweils allen drei Kindern überwiesen bzw. ausgehändigt. Überdies könne die Gesuchstellerin rechtlich nicht dazu verpflichtet werden, die Kinderzulagen betreffend E.\_\_\_\_\_ dem Gesuchsgegner zukommen zu lassen, indem dessen Unterhaltsbeiträge in diesem Umfang reduziert würden (Urk. 73/58 Rz 46 f.; Urk. 82 Rz 65). 3. Der Gesuchsgegner bringt diesbezüglich vor, die Gesuchstellerin übersehe, dass sie lediglich Kinderzulagen, die sie tatsächlich für E.\_\_\_\_\_ bezogen habe, an den ohutsberechtigten Gesuchsgegner bezahlen müsse. Dass die Gesuchstellerin die Kinderzulagen an E.\_\_\_\_\_ weitergeleitet habe, werde bestritten. Solange sie diesen Nachweis nicht erbringen könne, seien die Kinderzulagen an den Gesuchsgegner zu leisten und könnten deshalb unter den gleichen Parteien wie die persönliche Unterhaltsverpflichtung auch zur Verrechnung gestellt werden (Urk. 74 Rz 67). 4. Zulagen für Kinder von Familienausgleichskassen und Sozialversicherungen dienen ausschliesslich dem Unterhaltsbedarf des Kindes. Aufgrund dieser Zweckbindung sind diese Sozialleistungen von der bezugsberechtigten Person vollumfänglich an den ohutsberechtigten Ehegatten weiterzuleiten, solange das Kind minderjährig ist. Familienzulagen stehen auch dann ungeschmälert dem Kind bzw. der ohutsberechtigten Partei zu, wenn der bezugsberechtigte Ehegatte aufgrund mangelnder Leistungsfähigkeit ansonsten nicht zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet wird (FamKomm Scheidung/Schweighauser, Art. 285a ZGB N 8; Six, a.a.O., Rz 96, m.w.H.). Die Gesuchstellerin bestätigte anläss-

- 48 - lich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 5. Februar 2017, dass sie "derzeit" effektiv die Zulagen für sämtliche Kinder beziehe (Urk. 9 Rz 7 und Prot. I S. 2). Entsprechend beantragte die Gesuchstellerin selbst, dass sie zu verpflichten sei, dem Gesuchsgegner allfällige von ihr bezogene Kinderzulagen für E.\_\_\_\_\_ zu überweisen (Urk. 9 S. 1, Antrag 4 und Rz 7). Die Behauptung, dass sie die Familienzulagen jeweils direkt an die Kinder weitergeleitet habe, bringt die Gesuchstellerin erst(mals) im Berufungsverfahren vor. Sie behauptet nicht, dass sie diesen Sachverhalt bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen habe, und führt auch nicht aus, weshalb sie dies trotz zumutbarer Sorgfalt erst vor Obergericht tut. Aufgrund der Novenbeschränkung im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO sind diese Vorbringen nicht zu beachten (vgl. einleitend E. II.3), zumal sie ausserdem in keiner Weise belegt sind. 5. Hingegen ist der Gesuchstellerin insofern Recht zu geben, als eine Verrechnung von Kinderzulagen mit Ehegattenunterhaltsbeiträgen nicht zulässig ist. Eine Verrechnung setzt die Wechselseitigkeit der Forderungen voraus (vgl. Art. 120 Abs. 1 OR). Der Anspruch auf Unterhaltsbeiträge, wozu auch die Kinderzulagen gehören, steht gemäss Art. 289 Abs. 1

ZGB dem Kind zu, sodass dieses Gläubiger ist. Solange das Kind jedoch minderjährig ist, wird dessen Unterhaltsanspruch durch Leistung an den gesetzlichen Vertreter oder den Inhaber der Obhut erfüllt (Art. 289 Abs. 1 ZGB). Der Gesuchsgegner ist – was die Kinderzulagen betrifft – somit bloss zur Geltendmachung einer fremden Forderung in eigenem Namen befugt (sog. Prozessstandschaft). Der Gesuchsgegner, der seiner Ehefrau Unterhaltsbeiträge schuldet, kann diese Schuld deshalb mangels Wechselseitigkeit nicht mit Unterhaltsforderungen der (seiner Obhut unterstellten) Kinder gegen die Ehefrau und Mutter verrechnen (BK-Zellweger-Gutknecht, Art. 120 OR N 163; OGer ZH LE120032 vom 03.12.2012, E.II.3.4.2, m.w.H.; BGer 5A\_445/2015 vom

### **E. 13**

Oktober 2015, E. 2.3; BGer 5D\_103/2009 vom 20. August 2009, E. 1.3, a.E.; BGer 5C.314/2001 vom 20. Juni 2002, E. 9). 6. Zusammenfassend ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, die von ihr in der Zeit vom 16. Dezember 2015 bis zum tt.mm.2016 bezogenen Kinderzulagen für E.\_\_\_\_\_ an den Gesuchsgegner zu bezahlen. Nach dem tt.mm. 2016 (Volljährig-

- 49 - keit) steht dieser Anspruch der Tochter direkt zu. Eine Verrechnung dieser Forderung mit den vom Gesuchsgegner zu leistenden Ehegattenunterhaltsbeiträgen ist nicht zulässig. Sollte die Gesuchstellerin die vorerwähnten Kinderzulagen (oder zumindest einen Teil davon) bereits an den Gesuchsgegner bzw. an die Tochter weitergeleitet haben, kann sie diese Zahlungen gegen Vorlage der entsprechenden Belege von ihrer Leistungspflicht abziehen. E. Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens 1. Die Vorinstanz auferlegte die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren den Parteien je zur Hälfte und verzichtete entsprechend auf die Zusprechung einer Parteientschädigung. Als Begründung erwog die Vorinstanz, dass das Gericht in familienrechtlichen Verfahren von den Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen könne (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). In erstinstanzlichen Eheschutzverfahren würden regelmässig unabhängig vom Ausgang des Verfahrens die Gerichtskosten halbiert und die Parteientschädigungen wettgeschlagen. Damit werde den Besonderheiten eines eherechtlichen Verfahrens Rechnung getragen. Einem Eheschutzverfahren liege stets ein familienrechtlicher Konflikt zugrunde, für welchen in den meisten Fällen beide Ehegatten jedenfalls moralische Verantwortung trügen (Urk. 59 S. 42). 2. Die Gesuchstellerin beantragt vor Obergericht, die Kosten- und Entschädigungsfolgen des angefochtenen Urteils seien dem Ausgang des vorliegenden Berufungsverfahrens entsprechend neu zu regeln (Urk. 73/58 S. 12). Dabei setzt sie sich nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander. In Ausübung ihres pflichtgemässen Ermessens hat die Vorinstanz mit Verweis auf Literatur und Rechtsprechung die Kosten den Parteien je hälftig auferlegt und zwar explizit unabhängig vom Ausgang des Prozesses, um damit den Besonderheiten eines eherechtlichen Verfahrens Rechnung zu tragen. Eine unrichtige Rechtsanwendung ist diesbezüglich nicht ersichtlich. Darüber hinaus werden mit dem vorliegenden Berufungsentscheid die Ehegattenunterhaltsbeiträge – unter Berücksichtigung einer Gültigkeitsdauer der Eheschutzmassnahme von ca. drei Jahren – im Vergleich zum angefochtenen Urteil nur geringfügig angepasst (vgl. vorstehend E. B.8.7). In

- 50 - Übereinstimmung mit dem Gesuchsgegner (Urk. 74 Rz 70) ist die von der Vorinstanz vorgenommene hälftige Kostenteilung nach dem Gesagten nicht zu beanstanden. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens 1. Abschliessend ist über die

zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungs- folgen zu befinden. Für das vereinigte Berufungsverfahren rechtfertigt es sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 8'000.– festzusetzen. Beide Parteien haben einen Gerichtskostenvorschuss von je Fr. 4'000.– geleistet (Urk. 65 und Urk. 73/64). 2. Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren hauptsächlich die persönlichen Unterhaltsbeiträge. Die Berufung der Gesuchstellerin gegen Dispositivziffer 5 (Kosten E. \_\_\_\_\_ bis zur Volljährigkeit) und Ziffer 7 (Anrechnung Kinderzulagen) fällt kostenmässig, sowohl was den Aufwand als auch die Schwierigkeit betrifft, nicht ins Gewicht. Wenn man wiederum von einer dreijährigen Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahme ausgeht, beantragte die Gesuchstellerin berufsungsweise einen Unterhaltsbeitrag (bis Ende 2018) von insgesamt knapp Fr. 300'000.– (Urk. 85 S. 1). Der Gesuchsgegner seinerseits ist der Ansicht, dass der Gesuchstellerin ein gesamthafter Unterhaltsanspruch von lediglich rund Fr. 20'000.– zusteht (Urk. 87 S. 2). Wie vorstehend berechnet, ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Unterhaltsbeitrag während den drei Jahren von insgesamt Fr. 150'455.– zu bezahlen (vgl. E. III.B.8.7). Entsprechend hält sich das Obsiegen und Unterliegen der Parteien in Bezug auf die Unterhaltsbeiträge praktisch die Waage. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind den Parteien ausgangsgemäss je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen.

- 51 - Es wird beschlossen:

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