

# ZH\_OBERGERICHT LY160030 vom 31. März 2017

ZH Obergericht, 2017-03-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY160030](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY160030)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY160030 du 31 mars 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT LY160030 del 31 marzo 2017

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind seit tt. März 1994 verheiratet und Eltern des mittlerweile mündigen Sohnes, D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1994. Seit Mai 2011 leben sie getrennt.

#### E. 1.1

Einkommen Kläger a) Während der Ehe führten die Parteien gemeinsam zunächst eine Einzelfirma. Per Mitte 2007 wurde dann eine Kollektivgesellschaft gegründet, an welcher sie je hälftig beteiligt waren. Im Zuge der Trennungsschwierigkeiten gründete der Kläger - unter Mitnahme der bisherigen Stammkunden - Ende September 2013 die E.\_\_\_\_ GmbH. Der Kläger ist Gesellschafter und Geschäftsleiter, wobei die Hälfte der Stammanteile auf seinen Namen lauten, die andere auf den Namen seiner früheren Lebensgefährtin, F.\_\_\_\_. Anfang Dezember 2015 schied diese indes aus der Firma aus und übertrug ihre 10'000 Stammanteile vollständig auf den Kläger. Die Vorinstanz ging vom monatlich ausbezahlten Nettoeinkommen von Fr. 6'941.- aus und rechnete Fr. 1'667.- ausbezahlt und auch künftig anfallende Bonuszahlungen (Fr. 20'000.- : 12) dazu. Davon ausgehend, dass F.\_\_\_\_ tatsächlich Fr. 6'000.- brutto bzw. Fr. 5'355.- netto verdiente, und für sie lediglich ein Ersatz im 20%-Pensum eingestellt wurde, ging die Vorinstanz von einem sinkenden Personalaufwand von Fr. 4'284.- pro Monat aus. Weil die Arbeitstätigkeit von F.\_\_\_\_ nicht umsatzrelevant gewesen sei und der Kläger die E.\_\_\_\_ GmbH nun selbstständig weiterführe, sei ihm dieser Betrag per 1. Dezember 2015 als Einkommen bzw. als Betriebsgewinn anzurechnen. Weiter rechnete die Vorinstanz dem Kläger den F.\_\_\_\_ im Frühjahr 2015 ausbezahlten Bonus von Fr. 20'000.- bzw. Fr. 1'667.- pro Monat ab 1. Dezember 2015 sowie den nicht

- 12 - ausgeschütteten Reingewinn für das Jahr 2014 von Fr. 30'000.- bzw. Fr. 2'500.- pro Monat ab 1. Januar 2014 als Einkommen aus Gewinnausschüttung an, zumal davon auszugehen sei, dass der Kläger auch in den Folgejahren mit seinem Unternehmen einen Reingewinn in ähnlicher Höhe erzielen könne. Es sei denn auch nicht ersichtlich, dass er, welcher unbestrittenermassen dieselbe Arbeit wie vor der Gründung der GmbH, mit zum Teil gleichbleibendem Kundstamm, erledige, eine Aufbauphase von über 1,5 Jahren benötigen sollte. Die Anrechnung von Privatbezügen über sein Kontokorrentkonto lehnte die Vorderrichter demgegenüber ab, weil der Kläger auch namhafte Einlagen auf dieses Konto gemacht habe und es sich folglich um Einlagerückzahlungen handle. Mit Blick auf die Verbuchung eines Privatanteils Fahrzeuge in der Erfolgsrechnung 2014 seien dem Kläger auch keine Beträge für die beiden Fahrzeuge als Einkommen (in Form von Privatbezügen) anzurechnen. Zudem erschienen die Reise- und Repräsentationsspesen in der Höhe von Fr. 10'132.77 nicht übersetzt, weshalb sich auch hier keine Aufrechnung von Privatbezügen rechtfertige (Urk. 2 S. 12 ff.). Zusammengefasst ging die erste Instanz vom 1. Oktober 2013 bis 31. Dezember 2013 von einem klägerischen Einkommen von Fr.

6'941.– netto, vom 1. Januar 2014 bis Ende November 2015 von Fr. 11'108.– und ab 1. Dezember 2015 von einem solchen von Fr. 17'059.– aus (Urk. 2 S. 17). b) Der Kläger reicht als echte Noven den Jahresabschluss 2015 sowie die Steuererklärung 2015 der E.\_\_\_\_\_ GmbH und seine eigene Steuererklärung 2015 ins Recht. Er hält im Wesentlichen dafür, die Geschäfte der E.\_\_\_\_\_ GmbH würden 2016 schlechter laufen als noch 2015. Dies habe insbesondere mit dem Umsatzeinbruch beim Hauptkunden G.\_\_\_\_\_ zu tun. Ein nicht ausgeschütteter Gewinn könne nicht als Einkommen aufgerechnet werden. Die vorinstanzliche Annahme, wonach er sich auch in Zukunft (d.h. nach Frühjahr 2015) einen Bonus werde auszahlen, habe sich nicht erfüllt. Damit sei der Bonus vom Frühling 2015 auf 24 Monate (oder die Jahre 2014 und 2015) zu verteilen, was zu einer Aufrechnung von Fr. 833.35 pro Monat führe. Seine Kontokorrentschuld habe sich im 2015 um Fr. 75'533.20 erhöht und sei jedenfalls mit dem nicht ausgeschütteten Gewinn zu verrechnen, womit lediglich die Differenz von Fr. 13'473.45 als anteiliger Gewinnanteil beim Einkommen aufzurechnen sei. Resümiert sei in der ersten

- 13 - Phase (Oktober bis Dezember 2013) von einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 6'941.–, in der zweiten Phase (Januar 2014 bis und mit November 2015) von einem solchen von Fr. 8'311.– und in der letzten Phase (ab Dezember 2015) von einem solchen von Fr. 8'897.– auszugehen. Diese Ergebnisse korrelierten sehr gut mit den steuerlichen Angaben, wonach er für das Jahr 2015 Einkünfte von Fr. 104'555.– versteuert habe, was monatlich Fr. 8'713.– netto ergebe (Urk. 16/1 S. 8-11). c) Die Beklagte, welche im Rahmen ihrer eigenen Berufung das klägerische Einkommen nicht anfecht (vgl. Urk. 1 S. 4), hält daran fest, dass die finanzielle Leistungsfähigkeit des Klägers nach wie vor den Betrag von Fr. 30'000.– übersteige. Weil der Kläger seinen Lohn und seine Boni in Eigenregie selber festlegen könne, werde bestritten, dass lediglich einmal ein Bonus von Fr. 20'000.– ausbezahlt worden und dieser auf 24 Monate zu verteilen sei. Der Gewinn 2015 habe Fr. 89'007.– betragen und sei dem Kläger vollumfänglich als Einkommen anzurechnen, zumal der Kläger unbestrittenermassen entsprechende Beträge über das Kontokorrent-Konto auch tatsächlich bereits aus der E.\_\_\_\_\_ GmbH bezogen habe. Wenn der Kläger schon Gewinn 2015 und Kontokorrentschuld quasi verrechnen wolle, verkenne er, dass er die Fr. 75'533.20 (Differenz der Kontokorrentbezüge 2014 und 2015) gemäss seiner (bestrittenen) Rechnung ja ebenfalls bereits tatsächlich im Jahr 2015 über das Kontokorrent bezogen habe, weshalb logischerweise auch diese Fr. 75'533.20, mithin eben der gesamte Gewinn 2015, beim klägerischen Einkommen aufzurechnen sei. Der Kläger könne sicherlich nicht einfach den Gewinn quasi über das Kontokorrent beziehen, ohne dass dies beim Einkommen aufgerechnet werde. Zu erinnern sei auch daran, dass es der Kläger erwiesenermassen mit System darauf angelegt habe, die Ansprüche der Beklagten und des Sohnes zu schmälern, und zu diesem Zweck den Gewinn absichtlich tiefer darzustellen; dies habe seine damalige Freundin F.\_\_\_\_\_ bestätigt. Dass die Geschäfte der E.\_\_\_\_\_ GmbH 2016 schlechter laufen würden als 2015 und ein Umsatzeinbruch stattgefunden habe, sei durch nichts belegt und auch nicht glaubhaft. Insbesondere würden die Zahlenangaben auf der vom Kläger selbst erstellten Liste als bloss durch nichts belegte Parteibehauptungen bestritten. Wie sich ein angeblicher Umsatzrückgang auf den Gewinn 2016 auswirken

- 14 - würde, sei ohnedies unklar, ebenso wenig sei glaubhaft, dass eine bestrittene Umsatzsenkung nachhaltig wäre. Es sei im Gegenteil so, dass die klägerische Tätigkeit seit Jahren floriere (Urk. 16/15 S. 6-11). d) Fest steht, dass der Kläger heute alleiniger

Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der am 30. September 2013 gegründeten E.\_\_\_\_\_ GmbH ist. Es besteht mithin eine wirtschaftliche Einheit zwischen ihm und dieser Firma, weshalb der Kläger denn auch als selbstständig erwerbstätig gilt. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt, wird bei selbstständiger Erwerbstätigkeit in der Regel das Durchschnittseinkommen der letzten drei Jahre angerechnet. Vorliegend sind jedoch nur die Jahre 2014 und 2015 heranzuziehen, nachdem die Firma erst per Ende September 2013 gegründet wurde und betreffend das Jahr 2016 noch keine Zahlen vorliegen. Als Einkommen gilt dabei der Reingewinn, der als Saldo einer ordnungsgemässen Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen wird. Weiter sind die Bezüge als Einkommen anzurechnen, die der Kläger bis anhin getätigt hat und weiterhin tätigen kann (Philipp Maier, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Züricher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, in FamPra.ch 2014 S. 302, S. 336 f.; Urk. 2 S. 10). aa) Vorweg ist festzuhalten, dass nicht einfach den pauschalisierenden beklagten Vorbringen zu folgen ist, wonach die finanzielle Leistungsfähigkeit des Klägers nach wie vor den Betrag von Fr. 30'000.– übersteige, nachdem der Kläger die vormalige sehr rentable Kollektivgesellschaft der Parteien über seine GmbH genau gleich weiterführe (Urk. 16/15 S. 6); dies nicht zuletzt deshalb, weil die tatkräftige Unterstützung der Beklagten (vgl. Prot. I S. 19 f., 25) wegfiel (Urk. 2 S. 13). bb) Auszugehen ist zunächst vom Nettolohn, welchen sich der Kläger monatlich auszahlt. Im Jahr 2014 waren das Fr. 6'941.– netto pro Monat (Urk. 3/88/4 [Fr. 83'299.80 : 12]). Gemäss der im Berufungsverfahren neu und zulässigerweise (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO) beigebrachten persönlichen Steuererklärung des Klägers vom 23. August 2016 waren es im Jahr 2015 rund Fr. 8'713.– netto monatlich (vgl. Urk. 5/5 S. 2 [Fr. 104'555.– : 12]; Urk. 16/15 S. 6, 8). Weil der Kläger sei-

- 15 - nen Lohn selbst bestimmen kann und dieser auch vom wirtschaftlichen Ergebnis der Firma abhängt, rechtfertigt es sich auch hier, von einem Durchschnittswert der beiden Jahre 2014 und 2015 von Fr. 7'827.– pro Monat auszugehen. cc) Im Frühjahr 2015 zahlte der Kläger sich und seiner damaligen Partnerin F.\_\_\_\_\_ einen Bonus von je Fr. 20'000.– aus (Urk. 3/104 S. 7). Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um eine Leistung für das Jahr 2014 (Belohnung für die Arbeitsleistung des vergangenen Geschäftsjahres) handelt, womit von einem monatlichen Betreffnis von Fr. 1'667.– auszugehen ist. Es liegt auch auf der Hand, dass es sich dabei um den einzigen Bonus seit der Firmengründung (Ende September 2013) handelt (vgl. Urk. 2 S. 14; demgegenüber: Urk. 3/104 S. 7). Diese der Beklagten von F.\_\_\_\_\_ mitgeteilten Bonuszahlungen wurden offenbar nirgends dokumentiert, vom Kläger jedoch anerkannt (Urk. 3/104 S. 7). Jedenfalls für das Jahr 2014 rechnete die Vorinstanz dem Kläger somit zu recht einen durchschnittlichen Bonus von Fr. 1'667.– pro Monat als Einkommen an. Für das Jahr 2015 bezahlte sich der Kläger keinen Bonus aus (Urk. 16/1 S. 8 unten), obschon sich der Reingewinn auf Fr. 89'007.– belief (Urk. 5/3, 4 in Verbindung mit Art. 317 Abs. 1 ZPO). Weil ihm die Gewinne der Jahre 2014 und 2015 vollumfänglich als Einkommen anzurechnen sind (vgl. sogleich), rechtfertigt es sich indessen nicht, ihm zusätzliche fiktive Bonuszahlungen anzurechnen. dd) Im Jahr 2014 generierte die E.\_\_\_\_\_ GmbH einen Reingewinn von Fr. 30'609.– (Urk. 3/94/4; Urk. 3/105/2), 2015 einen solchen von Fr. 89'007.– (Urk. 5/3, 4). Durchschnittlich ergibt sich somit ein Reingewinn von Fr. 59'808.–. Dieser nicht ausgeschüttete Gewinn (vgl. Urk. 3/105/2 S. 3; Urk. 5/4 S. 3; Urk. 16/1 S. 10) ist dem Kläger - mit der Vorinstanz - als Einkommen anzurechnen. Dabei schenkte die erste Instanz der klägerischen Behauptung, wonach der Gewinn 2014 reinvestiert worden

sei, zumal sich die Firma noch im Aufbau befunden habe, zu Recht keinen Glauben, nachdem der Kläger unbestrittenermassen die bisherigen Hauptkunden der ehelichen Kollektivgesellschaft mit in seine neue Firma genommen hat (vgl. Urk. 2 S. 16; Prot. I S. 26). Konkrete Anhaltspunkte, wonach im Jahr 2016 die Geschäfte schlechter als noch 2015 laufen sollten, was namentlich mit einem angeblichen Umsatzeinbruch beim Hauptkunden

- 16 - G.\_\_\_\_\_ zu tun haben soll (vgl. Urk. 16/1 S. 10), liegen nicht vor. Insbesondere vermag der Kläger mit seiner selbst aufgesetzten Liste betreffend "Umsatzübersicht und Budget G.\_\_\_\_\_ 2015/2016" (Urk. 5/6) solches nicht hinreichend glaubhaft darzutun (Urk. 16/1 S. 10). Es wäre im Übrigen auch nicht einfach davon auszugehen, dass eine angebliche Umsatzeinbusse nachhaltig wäre (vgl. auch Urk. 16/15 S. 10). Es rechtfertigt sich somit, dem Kläger ab 1. Januar 2014 Fr. 4'984.– pro Monat aus Gewinnausschüttung als Einkommen anzurechnen. ee) Die Kontokorrentbezüge des Klägers im Jahr 2014 (Fr. 90'000.– Darlehensrückzahlung und Fr. 26'098.40 Privatbezüge) sowie im ersten Halbjahr 2015 (Fr. 50'017.15) rechnete die erste Instanz dem Kläger in Anbetracht der 2013 getätigten Einlagen in der Höhe von insgesamt Fr. 132'700.– nicht als Einkommen an, wobei sie festhielt, dass sich der Kläger bereits im Minus von Fr. 12'765.45 befinde, mithin in der Schuld gegenüber der GmbH stehe (vgl. Urk. 2 S. 17; Urk. 3/94/6-8 "Einlagerückzahlung"). Weitere Einlagen in den Jahren 2014 und 2015 wurden weder behauptet noch sind solche ersichtlich (vgl. Urk. 3/94/7, 8). Per 31. Dezember 2015 betragen die Schulden des Klägers gegenüber seiner GmbH jedenfalls Fr. 109'785.– (Urk. 5/3 S. 2 [Jahresabschluss 2015 E.\_\_\_\_\_ GmbH vom 23. August 2016] und Urk. 5/5 [Steuererklärung 2015 des Klägers, Schuldenverzeichnis vom 23. August 2016]; Urk. 16/1 S. 10). Bei den Kontokorrentbezügen über das Konto "KK H.\_\_\_\_\_" handelt es sich um ein Darlehen der GmbH an den Kläger. Dieses Konto, welches nicht der Erfolgsrechnung, sondern der Bilanz zuzuordnen ist (Urk. 3/105/2), ist somit erfolgsneutral. Es zeitigt mithin keinen Einfluss auf den Gewinn. Deshalb ist es nicht zulässig, diese Privatbezüge als zusätzliche Einkünfte aufzurechnen. Solches ginge nur in den Fällen, in denen zum ausgewiesenen Gewinn richtigerweise die in der Erfolgsrechnung als Geschäftsaufwand verbuchten privaten Auslagen addiert würden, weil sich diese sehr wohl auf das Geschäftsergebnis auswirken. Es geht daher nicht an, dem Kläger den gesamten Reingewinn und zusätzlich auch noch die Kontokorrentbezüge als Einkommen aufzurechnen, wie dies die Beklagte tun will (vgl. Urk. 16/15 S. 7). Hingegen ist es aber auch nicht angängig, den 2015 nicht ausgeschütteten Gewinn über Fr. 89'007.– einfach mit der Erhöhung der Kontokorrentschuld im Jahr 2015 (gegenüber 2014) im Umfang von Fr. 75'533.20 (Fr. 109'784.90

- 17 - [Urk. 5/3 S. 2] minus Fr. 34'251.70 [Urk. 3/105/2]) zu verrechnen, wie der Kläger meint (Urk. 16/1 S. 11). Anzumerken bleibt diesbezüglich im Übrigen, dass es sich bei den Fr. 34'251.70 nicht um eine Schuld, sondern ein Guthaben des Klägers handelte (vgl. Prot. I S. 29; Urk. 5/3 S. 2 [Vorjahr]). Der Unternehmer entscheidet, wie viel Bezüge für die Firma verkraftbar sind. Reingewinn und Kontokorrentbezüge stehen zueinander mithin in einer Wechselbeziehung. Weil dem Kläger vorliegend jedoch bereits der durchschnittliche Reingewinn der Jahre 2014 und 2015 als Einkommen anzurechnen ist, sind die Privatbezüge, wobei es sich bis zirka Mitte 2015 überdies ohnehin um Einlagerück- erstattungen handelte, weshalb sich kein zuverlässiges Bild über die mit Blick auf die Ertragslage der GmbH verkraftbaren Privatbezüge ergibt, nicht als zusätzliches Einkommen anzurechnen. ff) Per 1. Dezember 2015 rechnete die erste Instanz dem Kläger

zufolge Weg- gangs seiner Freundin und Mitinhabern der E.\_\_\_\_\_ GmbH, F.\_\_\_\_\_, den dadurch entfallenen Lohnaufwand als Einkommen auf. F.\_\_\_\_\_ bezog einen Lohn von Fr. 6'000.– brutto bzw. Fr. 5'355.– netto. Sie wurde lediglich im Rahmen eines Teilzeitpensums von 20% durch eine Angestellte namens "I.\_\_\_\_\_" ersetzt. Ent- sprechend ging die Vorderrichterin von einem sinkenden Personalaufwand in der Höhe von Fr. 4'284.– (Fr. 5'355.– minus Fr. 1'071.–) aus, nachdem die Arbeitstä- tigkeit von F.\_\_\_\_\_ nicht umsatzrelevant gewesen sei und der Kläger die E.\_\_\_\_\_ GmbH nun selbstständig weiterführe. Zudem sei davon auszugehen, dass der Kläger als nunmehr alleiniger Gesellschafter den Anteil von F.\_\_\_\_\_ am Bonus in der Höhe von Fr. 20'000.– an sich selbst auszahlen können werde. Es rechtfertige sich deshalb, ihm einen Betrag von Fr. 1'667.– pro Monat ab 1. Dezember 2015 als Einkommen anzurechnen (Urk. 2 S. 14-16). Der Kläger bestreitet in erster Linie die vorinstanzliche Annahme, wonach die Ar- beit von F.\_\_\_\_\_ nicht umsatzrelevant gewesen sei. F.\_\_\_\_\_ habe die gleiche Ar- beit verrichtet wie damals die Beklagte. Es stimme nicht, dass sie nur ein 20%- Pensum verrichtet habe. Zwar werde die Mitarbeiterin "I.\_\_\_\_\_" bloss einen Teil der Arbeit von F.\_\_\_\_\_ übernehmen, der Rest werde jedoch auf die anderen Mit- arbeiter verteilt und ein letzter Teil werde nicht kompensiert, sodass diese Dienst-

- 18 - leistungen wegfielen. Folglich werde sich inskünftig auch der Umsatz senken. Im Jahresabschluss 2015 habe sich der Weggang von F.\_\_\_\_\_ noch nicht stark nie- dergeschlagen (Urk. 3/104 S. 8; Urk. 3/117 S. 6; Urk. 16/1 S. 9 f.). Die Beklagte hält demgegenüber daran fest, dass die Freundin des Klägers lediglich einen Pro- forma-Lohn aus der E.\_\_\_\_\_ GmbH bezogen habe. Dienstleistungen seien seit dem Weggang der Freundin keine weggefallen. Überdies habe der Kläger in kei- ner Weise dargelegt, welche Dienstleistungen konkret hätten weggefallen sein sollen. Bestritten sei auch, dass sich der Umsatz dadurch senken werde. Die Ge- winnentwicklung bestätige das Gegenteil. Die Vorinstanz habe daher völlig zu Recht einerseits die eingesparten angeblichen Lohnkosten von Fr. 4'284.– sowie auch die entfallenden Bonuszahlungen von Fr. 1'667.– als klägerisches Einkom- men aufgerechnet, wobei der Kläger Letzteres in seiner Berufung nicht einmal bestritten habe, weshalb er darauf zu behaften sei (Urk. 16/15 S. 8 f.). Fest steht, dass F.\_\_\_\_\_ per 1. Dezember 2015 aus der E.\_\_\_\_\_ GmbH aus- schied und lediglich zu 20% ersetzt wurde, obschon die Firma gut läuft (vgl. Urk. 5/3). Welche vormals von F.\_\_\_\_\_ erbrachten Dienstleistungen dadurch kon- kret entfielen, substantiiert der Kläger in keiner Art und Weise. F.\_\_\_\_\_ war offen- bar in den Bereichen Buchhaltung und Personalbereich tätig und unterstützte den Kläger bei seinen Dekorationstätigkeiten (Urk. 3/104 S. 8; Prot. I S. 17). Allerdings wurden 2014 in der Buchhaltung unter dem Posten "Buchführungs- /Beratungsaufw." Fr. 10'645.49 und 2015 Fr. 17'897.41 aufgeführt (Urk. 3/94/4 S. 7; Urk. 5/3 S. 7). Wie die Beklagte vor Vorinstanz mit Fug einwandte, legt sol- ches die Vermutung nahe, dass die Buchhaltung auswärts und nicht durch F.\_\_\_\_\_ besorgt wurde (vgl. Urk. 3/98 S. 10). Die Präzisierung des Klägers in sei- ner Massnahmenduplik, wonach F.\_\_\_\_\_ unter anderem für die "Aufbereitung der Buchhaltung inkl. Kassenabrechnungen" zuständig gewesen sei, erscheint nach- geschoben, liess er doch im Rahmen der Klageantwort noch protokollieren, F.\_\_\_\_\_ mache die "gesamte Buchhaltung". Zudem werde sie sich im kaufmänni- schen Bereich weiterbilden (Prot. I S. 17). Vor diesem Hintergrund erscheint mit der Vorinstanz jedenfalls hinreichend glaubhaft, dass F.\_\_\_\_\_ grösstenteils nur pro forma angestellt und ihre Arbeitstätigkeit grösstenteils nicht umsatzrelevant war. Es bleibt daher bei der erstinstanzlichen Aufrechnung der Fr. 4'284.– pro

- 19 - Monat als Betriebsgewinn. Hingegen sind dem Kläger keine auf F.\_\_\_\_\_ inskünftig anfallende Bonuszahlungen anzurechnen. Einerseits bezahlte er sich selbst, wie gesehen, offenbar keinen Bonus mehr aus, andererseits wird ihm der gesamte Reingewinn als Einkommen angerechnet. Auf die fehlende Bestreitung kommt mit Blick auf die herrschende Untersuchungsmaxime im Übrigen nichts an. gg) Weil in der Erfolgsrechnung 2014 für die Kosten für Fahrzeuge ein Privatanteil Fahrzeuge von Fr. 7'128.89 verbucht wurde (vgl. Urk. 3/94/4 S. 6), erwog die Vorinstanz, es sei nicht ersichtlich, weshalb dem Kläger Fr. 1'500.– für einen Audi A5 und Fr. 2'000.– für einen Audi R8 je monatlich als Einkommen angerechnet werden sollten (Urk. 2 S. 17). Im Berufungsverfahren hält die Beklagte dafür, dass die Fr. 1'500.– für den für F.\_\_\_\_\_ geleasteten Audi A5 nach deren Weggang nicht mehr anfielen und daher beim Einkommen des Klägers aufzurechnen seien (Urk. 16/15 S. 9). Dabei handelt es sich jedoch um eine neue, im Berufungsverfahren verspätete Behauptung (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO), nachdem die Beklagte vor Vorinstanz die Aufrechnung der Fr. 1'500.– pro Monat noch mit der Begründung verlangt hatte, es handle sich um ein reines Sponsoring der Freundin (Urk. 3/98 S. 10). An ihrer vorinstanzlichen Behauptung, wonach der gesamte Fahrzeugaufwand (für die beiden Audis) mit Fr. 93'000.– massiv übersetzt sei (Urk. 3/98 S. 10), hält die Beklagte im Rahmen der Berufung im Übrigen nicht mehr fest (vgl. Urk. 16/15 S. 8 f.). Es bleibt daher beim erstinstanzlichen Vorgehen. hh) Auch im Berufungsverfahren hält die Beklagte daran fest, dass die Reise- und Repräsentationsspesen von Fr. 10'132.77 im Jahr 2014 (vgl. Urk. 3/94/4 S. 7) überhöht seien (Urk. 16/15 S. 10), was die erste Instanz verneint hat (Urk. 2 S. 17). Wenn die Beklagte in diesem Zusammenhang daran erinnern will, dass es der Kläger laut der Bestätigung seiner damaligen Freundin F.\_\_\_\_\_ mit System darauf angelegt habe, ihre Ansprüche und jene des Sohnes zu schmälern, und zu diesem Zweck den Gewinn absichtlich tiefer darzustellen (Urk. 16/15 S. 10), so sind die im Übrigen nicht näher substantiierten Angaben der Ex-Freundin in deren WhatsAppnachricht (vgl. Urk. 3/99/2) mit Vorsicht zu geniessen. Die beklagte Behauptung, von den verbuchten Reise- und Repräsentationsspesen von

- 20 - Fr. 10'132.17 seien mindestens Fr. 500.– pro Monat verdeckte Privatbezüge (Urk. 3/98 S. 11), vermag die Beklagte weder näher zu konkretisieren, geschweige denn durch Belege zu untermauern. Grundsätzlich ist denn auch, zumindest im vorliegenden summarischen Massnahmenverfahren von der Richtigkeit der eingereichten Buchhaltungsunterlagen auszugehen, sofern nicht gewichtige Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass diese Zahlen nicht der Realität entsprechen, bzw. nicht schlüssig sind (vgl. Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 163 - 168 ZGB, Zürich 1993, N 76 zu Art. 163 ZGB). Bei der Beantwortung der Frage, ob die in der Erfolgsrechnung aufgelisteten Unkosten einer Notwendigkeit entsprachen, hat sich der Summarichter Zurückhaltung aufzuerlegen. Einerseits handelt es sich um bereits getätigte Auslagen, die nur bei offensichtlichem Rechtsmissbrauch zu streichen sind, da der Sinn und Zweck des vorliegenden Verfahrens in der Anordnung vorläufiger Regelungsmassnahmen liegt. Dies bedeutet, dass in der Regel auf die tatsächlichen finanziellen Verhältnisse abzustellen ist und hypothetische Annahmen mit Vorsicht zu begegnen ist, vor allem bei bereits hängigem Scheidungsverfahren. Ausserdem verbietet es sich von vornherein, dem Kläger damit im Ergebnis rückwirkend ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, da die Rückwirkung regelmässig einen grundsätzlich unzulässigen Eingriff in das Existenzminimum nach sich zieht. Andererseits muss es letztlich auch der betrieblichen Entscheidungsfreiheit eines Selbstständigerwerbenden

überlassen werden, welche Art von Investitionen er für geeignet hält. Die aufgelisteten Reise- und Repräsentations- spesen über Fr. 10'132.77 für Hotel- und Restaurantbesuche (vgl. Urk. 3/94/10 S. 22, Konto 6610) erscheinen - mit der Vorinstanz - jedenfalls nicht zum Vorne- herein als übersetzt. Im Jahr 2015 betrug im Übrigen (immer noch vertretbare) Fr. 16'131.29 (vgl. Urk. 5/3 S. 7), was von der Beklagten nicht einmal mehr kritisiert wurde (vgl. Urk. 16/15 S. 10). Es bleibt daher dabei, dass hier keine ver- deckten Privatbezüge aufzurechnen sind. ii) Zusammengefasst präsentiert sich das klägerische Einkommen folgender- massen: Vom 1. Oktober 2013 bis 31. Dezember 2013 ist vom durchschnittlichen Nettolohn von Fr. 7'827.- auszugehen. Im gesamten Jahr 2014 beträgt das mass- gebliche klägerische Einkommen Fr. 14'478.- (Fr. 7'827.- + Fr. 1'667.- + - 21 - Fr. 4'984.-), vom 1. Januar 2015 bis 30. November 2015 sind es Fr. 12'811.- (Fr. 7'827.- + Fr. 4'984.-) und ab 1. Dezember 2015 Fr. 17'095.- (Fr. 7'827.- + Fr. 4'984.- + Fr. 4'284.-).

### **E. 1.2**

Einkommen Beklagte a) Die Vorinstanz erwog, die Beklagte habe eigenen Angaben zufolge bereits während des ehelichen Zusammenlebens - nebst der Betreuung des Sohnes - zwischen 80 und 100% in der gemeinsamen Kollektivgesellschaft gearbeitet. Nach der Neugründung der E.\_\_\_\_ GmbH durch den Kläger Ende September 2013 sei sie teilweise krankgeschrieben gewesen und habe sich dann im Sep- tember 2015 mit der ...-Boutique J.\_\_\_\_ GmbH [Waren] selbstständig gemacht, dies bei einem Arbeitspensum von rund 80%. Weil sie keine Kinderbetreuungs- aufgaben mehr wahrzunehmen habe und auch nicht mehr krankgeschrieben sei, sei von einem zumutbaren Arbeitspensum von 100% auszugehen. Über eine ab- geschlossene Berufsausbildung verfüge die Beklagte nicht, jedoch habe sie eine rund siebenjährige Arbeitserfahrung als ... und Bürokraft [Beruf] mit Kundenkon- takt aus ihrer Tätigkeit mit dem Kläger vorzuweisen. Sodann habe sie durch eine Anstellung bei der ... AG [Bank] im Finanzsektor Erfahrung als Bürokraft sammeln können. Die Beklagte sei bereits 53 Jahre alt. Dass sie ohne Ausbildung weder eine Anstellung im kaufmännischen Bereich noch im Verkaufssektor habe finden können, sei jedoch nicht durch entsprechende (vergebliche) Stellensuchbemü- hungen nachgewiesen worden. Nachvollziehbar sei indes, dass es ihr nicht zu- zumuten sei, für den Kläger in dessen neuen GmbH arbeitstätig zu sein. Aufgrund der aktenkundigen Unterlagen erhelle ein durchschnittliches monatliches Ein- kommen zwischen September 2015 und Januar 2016 von rund Fr. 1'590.- netto. Auch sie könne jedoch ihr Einkommen selbst bestimmen, weshalb nicht nur auf das Einkommen abzustellen sei, das sie sich selbst auszahle. Es sei daher auf die statistischen Lohnstrukturerhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik ab- zustellen. Danach würden die branchenüblichen Bruttolöhne im Verkauf rund Fr. 4'300.- brutto betragen. Der Beklagten sei daher als Inhaberin und Geschäfts- führerin der J.\_\_\_\_ GmbH ab September 2015 zumindest ein branchenüblicher Lohn als Verkäuferin in der Höhe von rund Fr. 4'300.- brutto bzw. nach Abzug der

- 22 - Sozialversicherungs- und Pensionskassenbeiträge Fr. 3'784.- netto im Sinne ei- nes hypothetischen Einkommens anzurechnen. Vom 20. November 2013 bis En- de März 2015 habe sie sodann netto Krankentaggelder von durchschnittlich rund Fr. 3'222.- monatlich erhalten, während sie von April 2015 bis und mit August 2015 einkommenslos gewesen sei (Urk. 2 S. 21-23). b) Die Beklagte hält sowohl die rückwirkende Anrechnung eines hypotheti- schen Einkommens (ohne Übergangsfrist) als auch dessen Höhe von Fr. 3'784.- für willkürlich. Die Vorinstanz habe namentlich weder die schlechte Wirtschaftspla- ge in

der ...-Detailhandelsbranche [Waren] noch ihr fortgeschrittenes Alter und ihre angeschlagene Gesundheit berücksichtigt, sondern in unhaltbarer Weise auf irgendein tatsächlich nicht erzielbares Einkommen abgestellt. Ihr tatsächliches Einkommen betrage ab 1. September 2015 Fr. 1'080.– netto pro Monat (Fr. 1'580.– durchschnittliche Einnahmen abzüglich Fr. 500.– Rückzahlung Kaufpreis für die Boutique; Urk. 1 S. 6 ff., 11). c) Unter Berufung auf zwei neue Beilagen (Urk. 11/2 [SGB Übliche Löhne 2010] und Urk. 11/3 [Salarium - Individueller Lohnrechner 2014]) kritisiert der Kläger die Höhe des der Beklagten vorinstanzlich angerechneten hypothetischen Einkommens. Das Gericht müsse sich am Zürcher Lohnniveau orientieren. Die Beklagte wohne im Kanton Zürich und habe früher auch hier gearbeitet. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb sie im lohnmässig schlechter gestellten Kanton Aargau geschäftlich aktiv werden müsse. Die Vorinstanz hätte jedenfalls von mindestens Fr. 4'700.– brutto ausgehen müssen, was einen monatlichen Nettolohn von Fr. 4'136.– ergebe. Unlogisch sei auch der Wechsel der Beklagten in die ...-Branche [Waren]. Die Beklagte besitze lange Berufserfahrung als ... [Beruf], Bürokraft und im Finanzsektor. In diesen angestammten Erwerbzweigen könnte sie mehr verdienen als im Verkauf. Das Scheidungsverfahren sei im Februar 2012 eingeleitet worden. D.\_\_\_\_\_ sei damals weit über 16-jährig gewesen. Der Beklagten sei mithin seit weit über vier Jahren klar, dass sie einer vollen Arbeitstätigkeit werde nachgehen müssen. Eine Übergangsfrist könne und müsse ihr nicht eingeräumt werden. Zudem habe sie bereits während der gelebten Ehe mindestens 80% gearbeitet. Es gehe nicht an, dass sie eine unrentable ...-Boutique [Waren]

- 23 - führe und damit ihr Hobby zum Beruf mache. Vielmehr müsse sie ihre Arbeitsleistung bestmöglich verwerten (Urk. 8 S. 6 ff.). d) Die Ehe der Parteien wurde rund 17 Jahre gelebt und es ging aus ihr der mittlerweile mündige Sohn D.\_\_\_\_\_ hervor. Bereits während der Ehe (ab 2007) war die Beklagte im ehelichen Atelier für visuelle Kommunikation zu 80 bis 100% erwerbstätig (Prot. I S. 20). Nach der Neugründung der E.\_\_\_\_\_ GmbH durch den Kläger Ende September 2013 konnte sie nicht mehr weiter in der gemeinsamen Kollektivgesellschaft arbeitstätig sein. Seit dem 30. Oktober 2013 war die Beklagte krankheitshalber arbeitsunfähig und bezog ab 20. November 2013 bis Ende März 2015 Krankentaggelder, welche die Vorinstanz - den Angaben der Beklagten folgend - mit durchschnittlich rund Fr. 3'222.– im Monat bezifferte (Fr. 77'705.10 minus die Prämien von Fr. 22'936.60 = Fr. 54'768.50: 17 Monate [vgl. Urk. 2 S. 23; Urk. 3/98 S. 17 f.; Urk. 3/86 S. 13; Urk. 3/87/8, 9; Urk. 16/15 S. 13]). Vor Vorinstanz liess der Kläger solches nicht beanstanden (Urk. 3/104 S. 10 f.; Urk. 3/117 S. 6; Prot. I S. 15, 18). Mit seiner neuen Behauptung im Berufungsverfahren, wonach die fragliche Periode 16 1/3 (und nicht 17) Monate gedauert habe, womit die Beklagte durchschnittlich Fr. 3'353.– (und nicht Fr. 3'222.–) verdient habe (Urk. 16/1 S. 12, 16), ist er somit zufolge Verspätung nicht mehr zu hören (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Urk. 16/15 S. 14). Die Differenz ist mit Blick auf die vorliegenden guten finanziellen Verhältnisse allerdings ohnehin geringfügig. Es bleibt somit bei durchschnittlichen monatlichen Krankentaggeldern von rund Fr. 3'222.–. Von April 2015 bis Ende August 2015 erzielte die Beklagte keinerlei Einkünfte (Urk. 2 S. 23). Per September 2015 machte sie sich mit ihrer ...-Boutique J.\_\_\_\_\_ GmbH [Waren] selbstständig, wo sie in einem Pensum von zirka 80% arbeitet und gemäss eigenen Angaben durchschnittlich Fr. 1'605.– pro Monat verdient (Urk. 2 S. 21; Urk. 3/98 S. 16, 18; Urk. 3/99/6, 7 [Lohnabrechnungen September und Oktober 2015]). Dazu ist Folgendes anzumerken: Vor Vorinstanz sprach die Beklagte im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 8. Februar 2016 zur gegnerischen Massnahmenduplik - trotz Vorliegens der

Lohnabrechnungen November und Dezember 2015 sowie Januar 2016, wonach der Lohn durchschnittlich Fr. 1'580.– be-

- 24 - trägt (vgl. Urk. 3/110/1-3) - dennoch von "demselben" Lohn (vgl. Urk. 3/109 S. 10), ohne diesen neu zu beziffern. Deshalb ist nach wie vor von den ursprünglich geltend gemachten Fr. 1'605.– (Urk. 3/98 S. 16, 18) auszugehen (vgl. demgegenüber: Urk. 1 S. 7). Auch hier ist die minime Differenz indes vernachlässigbar. Dass die Beklagte monatlich Fr. 500.– ratenweise zwecks Rückzahlung des Kaufpreises für die Boutique bezahle und damit lediglich von einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 1'080.– auszugehen sei (vgl. Urk. 1 S. 7), liess die Beklagte vor Vorinstanz erst im Rahmen der Ausübung des Replikrechts in ihrer Stellungnahme vom 21. März 2016 behaupten und belegen (Urk. 3/118 S. 6; Urk. 3/119 [Vereinbarung vom 12. Dezember 2015]). Der Kläger liess sich dazu nicht mehr vernehmen (Urk. 3/120, 121). Gestützt auf die Untersuchungsmaxime waren im vorinstanzlichen Verfahren Noven jedoch bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Zudem ist das Gericht nicht an unbestritten gebliebene Tatsachen gebunden. Die Vorinstanz äusserte sich zu den geltend gemachten Ratenzahlungen indes nicht. Im Rahmen ihrer Berufung kritisiert die Beklagte dies zwar nicht (Urk. 1 S. 7), macht die Rückzahlungsraten jedoch erneut geltend (Urk. 16/15 S. 15). Die Darlehensschuld wäre als Geschäftsaufwand/-schuld der GmbH der Beklagten zu erfassen und kann nicht einfach mit Lohnansprüchen der Beklagten verrechnet werden (vgl. Verrechnungsverbot gemäss Art. 323b Abs. 2 OR), zumal auf der Lohnabrechnung Januar 2016 denn auch nichts dergleichen ersichtlich ist (Urk. 3/110/3; Urk. 3/119). Somit bleibt es beim tatsächlichen Einkommen der Beklagten ab September 2015 in der Höhe von Fr. 1'605.–. Zunächst kann auf die zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen betreffend die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens und die Mitberücksichtigung der Kriterien von Art. 125 ZGB zum nahehelichen Unterhalt bereits im Rahmen vorsorglicher Massnahmen verwiesen werden (vgl. Urk. 2 S. 21 mit Hinweisen, insbesondere auf BGE 128 III 4 E. 4a). Ergänzend und zur Verdeutlichung ist Folgendes beizufügen: Im Eheschutzverfahren ist eine Pflicht zur Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit nur zu bejahen, wenn keine Möglichkeit be-

- 25 - steht, auf eine während des gemeinsamen Haushalts gegebene Sparquote oder vorübergehend auf Vermögen zurückzugreifen, wenn die vorhandenen finanziellen Mittel - allenfalls unter Rückgriff auf Vermögen - trotz zumutbarer Einschränkungen für zwei getrennte Haushalte nicht ausreichen und wenn die Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit unter den Gesichtspunkten der persönlichen Verhältnisse des betroffenen Ehegatten (Alter, Gesundheit, Ausbildung u.ä.) und des Arbeitsmarktes zumutbar ist. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Im Scheidungsverfahren ist zusätzlich zu beachten, dass die vorsorglichen Massnahmen einen anderen Zweck verfolgen als die Eheschutzmassnahmen. Nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsprozesses wird eine Rückkehr zur gemeinsam vereinbarten Aufgabenteilung weder angestrebt noch ist sie wahrscheinlich. Insoweit darf dem Ziel der wirtschaftlichen Selbstständigkeit des bisher nicht oder bloss in beschränktem Umfang erwerbstätigen Ehegatten bereits eine gewisse Bedeutung zugemessen werden und in stärkerem Ausmass als im Eheschutzverfahren auf die bundesgerichtlichen Richtlinien zum Scheidungsunterhalt (Art. 125 ZGB) abgestellt werden (vgl. BGE 130 III 537 E. 3.2 und BGE 128 III 65 E. 4a sowie weitere Hinweise). Nachdem die Beklagte bereits während der Ehe in hohem Ausmass erwerbstätig gewesen war, nunmehr längst von jeglichen Kinderbetreuungsaufgaben befreit und auch nicht mehr

krankgeschrieben ist, ging die Vorinstanz zurecht von der Zumutbarkeit eines Vollpensums aus (vgl. Urk. 2 S. 21 f.). Es ist der Vorinstanz auch darin zuzustimmen, dass die Beklagte, welche über keine Berufsausbildung verfügt (Prot. I S. 20), lediglich im Rahmen der Zusammenarbeit mit dem Kläger ein derart hohes Einkommen erzielen konnte (vgl. Urk. 2 S. 22; Prot. I S. 14; Urk. 3/61/15). Trotz gewisser Berufserfahrung im kaufmännischen und ... Bereich [Branche] (im Bankensektor und im Zusammenhang mit der ehelichen Kollektiv- gesellschaft; vgl. Urk. 2 S. 22 mit Hinweisen) erscheint es angebracht, der Beklagten, welche nunmehr mit ihrer Boutique im Verkauf/Detailhandel Fuss gefasst hat, auch in dieser Branche ein hypothetisches Einkommen in Anrechnung zu bringen. Hier bestehen - mit Blick auf die fehlende Berufsausbildung der Beklagten und deren Alter - denn auch die grössten Anstellungschancen. Diesbezüglich ist auf das "Salarium" ([www.lohnrechner.bfs.admin.ch](http://www.lohnrechner.bfs.admin.ch)) zu verweisen. Dabei ist je-

- 26 - doch nicht auf das seitens des Klägers verspätet (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO) eingereichte Papier (vgl. Urk. 11/3) abzustellen. Vielmehr hat das Gericht, welches das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 57 ZPO), das gerichtsnotorische "Salarium" selbst anzuwenden. Ausgenommen betreffend die fehlende Berufsausbildung decken sich allerdings die gerichtlichen mit den klägerischen Kriterien. Beim "Salarium" (individueller Lohnrechner) müssen im Internet mindestens sechs obligatorische Kriterien angegeben werden. Weitere Angaben sind freiwillig. Wenn keine Kategorie ausgewählt wird, verwendet das "Salarium" den häufigsten Wert, der in der Erhebung für diese Branche beobachtet wurde. Konkret ist von folgenden Kriterien auszugehen: Region: Zürich (ZH, Wohnsitz Beklagte) Branche: 47 Detailhandel Berufsgruppe: 52 Verkaufskräfte Stellung im Betrieb: Stufe 5: Ohne Kaderfunktion Wochenstunden: 42 Ausbildung: Ohne abgeschlossene Berufsausbildung Alter: 54 Dienstjahre: 0 Unternehmensgrösse: 50 und mehr Beschäftigte (häufigster Wert Salarium)

## **E. 2**

Seit dem 3. Februar 2012 stehen sie beim Einzelgericht am Bezirksgericht Affoltern im Scheidungsverfahren (Urk. 3/1; Urk. 3/2/4, 5; Urk. 3/47/1). Am 11. September 2014 machte die Beklagte, Massnahmenklägerin, Erstberufungs- klägerin und Zweitberufungsbeklagte (fortan Beklagte) bei der Vorinstanz ein Massnahmeverfahren rechtshängig (Urk. 3/59). Nach mehrmaligem Verschieben fand am 21. Mai 2015 die Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 11 ff.). Nachdem der Kläger, Massnahmenbeklagte, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungskläger (fortan Kläger) auf gerichtliche Aufforderung hin diverse Urkunden nachgereicht hatte (vgl. Urk. 3/89; Urk. 3/94), wurden der Beklagten mit Verfügung vom 14. September 2015 die nachgereichten Unterlagen zugestellt. Für die zweiten Vorträge der Parteien wurde der Schriftenwechsel angeordnet und der Beklagten Frist zur schriftlichen Replik anberaumt (Urk. 3/95). Die Replik wurde innert erstreckter Frist rechtzeitig am 17. November 2015 erstattet (Urk. 3/98; Urk. 3/99/1- 8). Die Duplik ging innert erstreckter Frist rechtzeitig am 26. Januar 2016 bei der Vorinstanz ein (Urk. 3/104; Urk. 3/105/1-4). Es folgte eine mehrfache beidseitige Ausübung des Replikrechts, wobei das Verfahren sich nach Zustellung der beklagtischen Stellungnahme vom 21. März 2016 an den Kläger (vgl. Urk. 3/118, 3/119 und 3/120) schliesslich als spruchreif erwies (vgl. Urk. 2 S. 4 f.). Mit Verfügung vom 14. Juli 2016 fällte die Vorinstanz in der Folge den eingangs wiedergegebenen Entscheid.

### **E. 2.1**

Methode der Unterhaltsbemessung a) Mit Blick auf die sehr guten Einkommensverhältnisse der Parteien (aktuelles Gesamteinkommen laut Vorinstanz Fr. 20'843.–) wandte die Vorinstanz die ein- stufig-konkrete Methode an (Urk. 2 S. 23 f.). Bei dieser Methode wird der Unter- haltsbeitrag einstufig durch Addition der einzelnen von der Beklagten darzulegen- den und zu belegenden Budgetpositionen ermittelt, die auch nach Auflösung des gemeinsamen Haushalts den bisherigen Lebensstandard sicherzustellen vermö- gen. Dies im Gegensatz zur sogenannt zweistufigen Methode, bei der zuerst bei beiden Parteien basierend auf dem betriebsrechtlichen Bedarf - allenfalls um weitere Positionen des familienrechtlichen Bedarfs erweitert - ein Grundbedarf ermittelt und anschliessend das überschüssige Einkommen (Freibetrag) auf beide Parteien aufgeteilt wird. Der Bedarf des Sohnes ist dabei separat zu ermitteln (vgl. auch Urk. 2 S. 30 f.; Maier, a.a.O., S. 313 mit weiteren Hinweisen). b) Die Beklagte weist darauf hin, dass vorliegend keine Sparquote bestanden habe, weshalb die zweistufige Unterhaltsberechnung gemäss jüngerer Bundesge- richtspraxis angewandt werden müsse. Darauf habe sie bereits vor Vorinstanz hingewiesen. Dies führe bei einer (mindestens) hälftigen Überschussverteilung zu einem weit höheren Unterhaltsbeitrag für sie persönlich (Urk. 16/15 S. 20; Urk. 3/98 S. 19). Der Kläger geht nunmehr von der einstufigen Methode aus (Urk. 16/1 S. 15; demgegenüber: Prot. I S. 16). c) Wie die erste Instanz korrekt festhielt, schreibt das Gesetz keine bestimmte Methode zur Unterhaltsbemessung vor. Nach bundesgerichtlicher Praxis ist die einstufige Methode ab einem Haushaltseinkommen von Fr. 10'000.– pro Monat und mehr zulässig. In der Zürcher Praxis wird sie bei Haushaltseinkommen von über Fr. 15'000.– angewandt (vgl. Maier, a.a.O., S. 314). Vorliegend ist aktuell von einem Gesamteinkommen der Parteien von Fr. 18'700.– auszugehen, ab Juni 2017 von einem solchen von Fr. 20'675.–. Wenngleich durchaus auch die zwei- stufige Berechnungsmethode hätte angewandt werden können (vgl. ZR 91/92 Nr. 22, wonach dieses Vorgehen gemäss Kammerpraxis auch bei Parteien mit gehö- benem Lebensstandard als angemessen erscheint), erweist sich mithin auch die einstufige Bemessungsmethode als sachgerecht, zumal bei dieser Methode die

- 30 - hier umstrittene Frage nach dem Vorliegen einer Sparquote offen bleiben kann (vgl. Urk. 2 S. 24; Urk. 3/98 S. 19 f.; Prot. I S. 16, 21 und 26; Urk. 3/104 S. 11 f.; Urk. 3/109 S. 10). Grundsätzlich ist vorliegend somit in Übereinstimmung mit der ersten Instanz die einstufige Methode anzuwenden. Wie darzutun sein wird, ist jedoch betreffend insgesamt sieben in der Vergangenheit liegenden Monaten gleichwohl auf die zweistufige Methode zurückzugreifen.

## **E. 2.2**

Bisherige Lebenshaltung der Beklagten a) Die Erstinstanz erachtete einen beklagtischen Bedarf von Fr. 7'786.– für ausgewiesen (Urk. 2 S. 26). b) Folgende Positionen werden vom Kläger nunmehr anerkannt und sind aus- gewiesen: Die Krankenkassenprämien von Fr. 345.–, die Kosten für das Mobilte- lefon von Fr. 130.–, die Versicherungsprämien für die Haushaltversicherung von Fr. 74.– und jene für die CAP Rechtsschutzversicherung von Fr. 29.–, die Billag- Gebühren von Fr. 39.–, die Kosten für das auswärtige Essen/Ausgang von Fr. 220.– sowie die Ferienkosten von Fr. 500.– (vgl. Urk. 16/1 S. 13 f.; Urk. 2 S. 25 ff. mit weiteren Hinweisen). c) Den Grundbetrag veranschlagte die Vorinstanz mit Fr. 1'200.–. Eine Ver- doppelung lehnte sie ab, weil solches nur in Ausnahmefällen, bei ausserordentlich guten Verhältnissen angezeigt sei. Zwar lebe die Beklagte mit dem gemeinsamen erwachsenen Sohn D. \_\_\_\_\_ zusammen, allerdings befinde sich dieser noch in Ausbildung und sei nur Teilzeit erwerbstätig, weshalb sich kein reduzierter Grundbetrag

zufolge Haushaltsgemeinschaft (Fr. 1'100.–) rechtfertige (Urk. 2 S. 25 f.). Der Kläger hält am einfachen Grundbetrag von Fr. 1'100.– fest (Urk. 16/1 S. 13; Prot. I S. 15). Ist das mündige Kind, mit welchem der alleinstehende Elternteil weiterhin zusammen lebt, noch in Ausbildung, bleibt es beim Grundbetrag für alleinstehende Personen (Six, Ein Handbuch für die Praxis, 2. A., Bern 2014, S. 114, N 2.82 mit Hinweis). Somit bleibt es beim vorinstanzlichen Grundbetrag von Fr. 1'200.–.

- 31 - Bei der einstufigen Methode sind die bisherigen monatlichen Haushaltungskosten und auf dieser Grundlage der Lebensstandard des anspruchsberechtigten Ehegatten konkret zu ermitteln. Anstelle der einzelnen Positionen des familienrechtlichen Existenzminimums treten die effektiven (höheren) Ausgaben (Wohnen, Krankenkasse, Versicherungen, Vorsorge, Fahrzeug, Kleider, Essen, Steuern, Hobby und Freizeit usw.). Ist das nicht ohne weiteres oder nur teilweise möglich, kann hilfsweise von einem um 50 bis 100% erweiterten Grundbetrag ausgegangen werden (Six, a.a.O., S. 107 f., Rz 2.68). Weil die Gesuchstellerin ihren Bedarf gut und sorgfältig dokumentiert hat (vgl. 3/86 S. 22; Urk. 3/87/17-32), drängt sich eine pauschale Verdoppelung des Grundbetrages (vgl. Urk. 16/15 S. 20) jedoch nicht auf, zumal die erste Instanz diverse über das übliche Existenzminimum hinausgehende Positionen berücksichtigte (Urk. 2 S. 26). Im Übrigen ist die obergerichtliche Praxis gegenüber einer Vorgehensweise, bei welcher Grundbeträge mit gewissen Faktoren multipliziert werden, kritisch, weil dabei nicht transparent ist, aufgrund welcher Kriterien der Vervielfachungsfaktor festgesetzt wird. d) Die erste Instanz veranschlagte für den Hypothekarzins Fr. 1'138.–. Den Abzug eines Wohnkostenanteils für den Sohn D. \_\_\_\_\_ lehnte sie ab, weil sich dieser noch in Ausbildung befindet. Im Gegenzug seien jedoch in der Bedarfsberechnung des gemeinsamen Sohnes D. \_\_\_\_\_ keine Wohnkosten zu berücksichtigen (Urk. 2 S. 25 f.). Wie bereits vor Vorinstanz hält der Kläger daran fest, einen Wohnkostenanteil von D. \_\_\_\_\_ in der Höhe von mindestens einem Drittel bzw. Fr. 390.– davon auszuscheiden, zumal D. \_\_\_\_\_ zu 60% erwerbstätig sei (Prot. I S. 15; Urk. 16/1 S. 13). Mit Blick auf das Teilzeiteinkommen von D. \_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 1'800.– (Prot. I S. 23) sowie in Anbetracht des neuen Kindesunterhaltsrechts, wonach ohnehin eine separate Unterhaltsberechnung für das Kind vorzunehmen ist, rechtfertigt es sich, einen Wohnkostenanteil von 20% bzw. rund Fr. 230.– für D. \_\_\_\_\_ auszuscheiden. Damit ist der Beklagten unter dem Titel Hypothekarzinsen noch ein Betrag von insgesamt Fr. 908.– zu veranschlagen. e) Für Unterhalt/Nebenkosten berechnete die Vorderrichterin Fr. 605.– pro Monat, basierend auf der aktenkundigen Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2014

- 32 - (Urk. 2 S. 25 f.; Urk. 3/87/8, 10). Wenngleich für das Jahr 2015 keine Abrechnungen vorliegen, rechtfertigt es sich dennoch, von diesem angemessenen und belegten Betrag auszugehen. Es besteht kein Grund, auf den pauschalisierten Erfahrungswert von 1% des Verkehrswertes (Fr. 640'000.–) pro Jahr mithin Fr. 534.– abzustellen (Urk. 2 S. 26; Urk. 16/1 S. 13). Mit dem Kläger ist jedoch auch hier ein Anteil von D. \_\_\_\_\_ in der Höhe von 20% (Fr. 121.–) abzuziehen, womit sich die der Beklagten anzurechnenden Kosten noch auf Fr. 484.– pro Monat belaufen. f) Die erste Instanz veranschlagte der Beklagten die geltend gemachten Stromkosten von Fr. 77.– monatlich, weil der Kläger diese Kosten nicht ausdrücklich bestritten habe (Urk. 2 S. 25, 27). Der Kläger hält neu dafür, zusätzliche Stromkosten seien nicht zu berücksichtigen, weil diese im Grundbetrag enthalten seien. Er habe die Stromkosten nicht anerkannt (Urk. 16/1 S. 13; Prot. I S. 15). Die Beklagte hält die neue Bestreitung des Klägers im Jungsverfahren für verspätet und

nicht mehr zulässig. Zudem seien die Stromkosten belegt und es gehe vorliegend auch nicht um den strikten Notbedarf, sondern um die Bemessung ihres gebührenden Bedarfs (Urk. 16/15 S. 18 f.). Die beklagte Partei hat darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden (Art. 222 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 219 ZPO). Unabhängig davon hat die beklagte Partei regelmässig ein Interesse daran, Gegenbehauptungen aufzustellen und diese mit eigenen Beweisansprüchen zu untermauern (Engler, OFK-ZPO, ZPO 222 N 6). Von der beklagten Partei kann nicht verlangt werden, dass sie in der Klageantwort eine eigene Version der Tatsachen abgibt. Oft kann es aber sinnvoll sein, zunächst in einem ersten Teil der Klageantwort eine eigene Version der Tatsachen zu erläutern. In einem zweiten Teil muss dann aber dennoch im Einzelnen zu den klägerischen Behauptungen Stellung genommen werden, ausser die Bestreitung oder Anerkennung ergebe sich offensichtlich aus der eigenen Darstellung der Tatsachen (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 222 N 22). Vorliegend präsentierte der Kläger im Rahmen seiner Massnahmenantwort eine Aufstellung des Bedarfs der Beklagten, worin die von dieser geltend gemach-

- 33 - ten und belegten Stromkosten (Urk. 3/86 S. 22; Urk. 3/87/22 sowie Urk. 3/87/8 S. 3) nicht enthalten waren (vgl. Prot. I S. 15 f.). Später ging er im Rahmen von "Ergänzungen zur Klagebegründung" auf die Bedarfsaufstellung der Beklagten genauer ein und bestritt einzelne seitens der Beklagten geltend gemachte Positionen, wie den doppelten Grundbetrag, die Höhe der Nebenkosten etc., nicht aber die mit Fr. 77.– bezifferten und belegten Stromkosten (vgl. Prot. I S. 15, S. 18 f.: "Zu S. 22:"). Vor diesem Hintergrund haben diese Stromkosten als nicht konkret bestritten zu gelten. Die nachträgliche Bestreitung des Klägers im Inzidentverfahren erfolgt verspätet (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Hinzu tritt, dass bei der einstufigen Methode nicht das betriebsrechtliche Existenzminimum gemäss dem Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 zu ermitteln ist, sondern vielmehr der gebührende Bedarf, welcher sämtliche effektiven Bedarfspositionen gemäss der vor der Trennung praktizierten Lebenshaltung einschliesst. Solches schliesst jedoch eine gewisse Pauschalisierung in Form der Anrechnung eines Grundbetrages gemäss Kreisschreiben, wie vorliegend geschehen, nicht aus. Dass gemäss Ziffer II Ingress des Kreisschreibens sämtliche Energiekosten (ohne Heizung) im Grundbetrag enthalten sind, ist indes bei der vorliegend anzuwendenden einstufigen Methode gerade nicht zwingend. Der Kläger kann sich somit nicht auf diese rechtlichen Grundlagen und die richterliche Rechtsanwendung von Amtes wegen (vgl. Art. 57 ZPO) berufen. Somit bleibt es bei der Anrechnung der belegten, nicht rechtzeitig bestrittenen Stromkosten. g) Die Vorinstanz berücksichtigte sodann die geltend gemachten und seitens des Klägers unbestritten gebliebenen zusätzlichen Gesundheitskosten im Betrag von Fr. 250.– pro Monat (Urk. 2 S. 25, 27). Der Kläger will diese Kosten nicht anerkannt haben bzw. nicht anerkennen (Urk. 16/1 S. 13). Auch diese Kosten haben jedoch als unbestritten zu gelten (vgl. Prot. I S. 15, 18). Auf eine Nichtanerkennung kommt dabei nichts an. Zudem sind die regelmässig anfallenden Gesundheitskosten jedenfalls teilweise belegt (vgl. Urk. 3/87/8 S. 36) und die gesundheitlichen Beschwerden der Beklagten, welche regelmässiger ärztlicher Behandlung/Kontrolle bedürfen, sind aktenkundig (vgl. Prot. I S. 21; Urk. 3/86 S. 13 f., 23; Urk. 3/98 S. 14). Es bleibt daher bei der Veranschlagung dieser Kosten. h) Die Vorderrichterin rechnete der Beklagten Fr. 819.– für die Autobenutzung an, ausgehend von

deren Arbeitsweg vom Wohnort in C. \_\_\_\_\_ nach K. \_\_\_\_\_ (Standort ihrer Boutique; 60 km x 0.65 x 21 Arbeitstage) sowie dem Umstand, dass ein Auto unbestrittenermassen zum Lebensstandard der Parteien gehöre (Urk. 2 S. 25, 27). Der Kläger, welcher vor Vorinstanz für den Arbeitsweg lediglich Fr. 100.– anerkannte, weil die Beklagte nicht auf ein Auto angewiesen sei (vgl. Prot. I S. 15, 18), will der Beklagten aktuell nunmehr den maximalen Betrag für Arbeitswegkosten von Fr. 600.– gemäss Ziffer III.3.3e des einschlägigen Kreisschreibens zugestehen (Urk. 16/1 S. 14). Die Beklagte hält entgegen, ihre Autokosten (Fr. 875.–) seien belegt und angemessen. Der Kläger nehme für sich selbst weit höhere Autokosten in Anspruch, die über das Geschäft bezahlt würden (Urk. 16/15 S. 2). Ein Auto gehört vorliegend bei beiden Parteien zum ehelichen Standard (Prot. I S. 22, 27). Die Autokosten sind ausgewiesen (vgl. Urk. 3/87/8 S. 38 und Belege gemäss Urk. 3/87/10). Zudem ist bei den vorliegenden guten finanziellen Verhältnissen und der grundsätzlich angewandten einstufigen Unterhaltsbemessungsmethode das Kreisschreiben, wie dargetan, nicht massgeblich. Es bleibt daher beim vorinstanzlich angerechneten Betrag von Fr. 819.– pro Monat, zumal die Beklagte im Berufungsverfahren keinen höheren Betrag mehr beziffert (Urk. 16/15 S. 19; vgl. auch Urk. 1 S. 4; Urk. 3/86 S. 22). i) Für Bücher/Zeitschriften berücksichtigte die Erstrichterin die von der Beklagten geltend gemachten Fr. 60.–, für Geschenke/Einladungen/Coiffeur Fr. 350.– sowie für Hobbies/Freizeit Fr. 250.– (vgl. Urk. 3/86 S. 22). Solches sei einerseits unbestritten geblieben, andererseits erscheine es unter Berücksichtigung, dass der Grundbetrag nicht verdoppelt worden sei, angemessen (Urk. 2 S. 26, 27). Der Kläger moniert, derartige Auslagen über insgesamt Fr. 660.– seien weder ausgewiesen noch belegt. Er habe diese auch nicht anerkannt (Urk. 16/1 S. 14).

- 35 - Auch hier gilt, dass diese Positionen als durch den Kläger nicht bestritten zu gelten haben (vgl. Prot. I S. 15, 18 f.). Auf eine fehlende Anerkennung kommt auch hier, wie dargetan, nichts an. Aus der detaillierten Buchhaltung 2014 der damals krankgeschriebenen Beklagten über ihre privaten Auslagen (vgl. Urk. 3/87/8 samt Ausgabenbelegen gemäss gelbem Ordner [Urk. 3/87/10]) ergibt sich im Übrigen, dass die Klägerin im Jahr 2014 durchschnittlich einmal pro Monat den Coiffeur aufsuchte und dabei durchschnittlich rund Fr. 98.– pro Monat ausgab (Urk. 3/87/8 S. 34). Sodann gab sie im Durchschnitt rund Fr. 94.– für Geschenke aus (Urk. 3/87/7 S. 40). Belegt sind auch die durchschnittlichen monatlichen Ausgaben für Bücher/Zeitschriften in der Höhe von rund Fr. 60.– (Urk. 3/87/8 S. 39). Es bleibt somit beim vorinstanzlichen Vorgehen. j) Für die laufenden Steuern berechnete die erste Instanz der Beklagten einen monatlichen Betrag von Fr. 1'200.– (Urk. 2 S. 26, 28). Der Kläger hält demgegenüber Steuern von maximal Fr. 800.– pro Monat für angemessen, wobei er neu zwei Steuerberechnungen beibringt, woraus bei einem mutmasslichen steuerbaren Einkommen von Fr. 61'000.– eine Steuerbelastung von monatlich insgesamt Fr. 641.– hervorgeht (Urk. 16/1 S. 14; Urk. 16/5/7, 8). Die Beklagte lässt dagegen einwenden, der Kläger gehe bei seiner bestrittenen Steuerkalkulation von zu tiefen Unterhaltsbeiträgen aus. Es stimme auch nicht, dass sie kein Vermögen zu versteuern habe (Urk. 16/15 S. 19). Im summarischen Massnahmenverfahren sind die Steuern nicht exakt zu berechnen, sondern lediglich pflichtgemäss zu schätzen. Mit Blick auf die zuzusprechenden Unterhaltsbeiträge, welche jedenfalls um ein Vielfaches höher sein werden, als die Fr. 1'013.–, welche der Kläger zu bezahlen bereit ist (Urk. 16/1 S. 2, 14), sowie unter Berücksichtigung des vom Kläger erwähnten Eigenmietwertes von Fr. 22'400.– beim Einkommen sowie der Abzüge von insgesamt rund Fr. 20'000.– (vgl. Urk. 3/87/4 S. 3; Urk. 16/1 S. 14) und einem zu versteuernden Vermögen von rund Fr. 500'000.–

(vgl. Urk. 3/87/4 S. 4; Urk. 2 S. 28) erscheinen die von der Vorinstanz veranschlagten, von der Beklagten nicht in Frage gestellten (vgl. Urk. 16/15 S. 19) Fr. 1'200.– jedenfalls angemessen.

- 36 - k) Schliesslich rechnete die erste Instanz der Beklagten die geltend gemachten Fr. 500.– für die 3. Säule im Bedarf (indirekte Amortisation der Hypothek) ein, zumal der Kläger diese Bedarfsposition nicht ausdrücklich bestritten habe (Urk. 2 S. 26, 28). Zwar liess die Beklagte im Rahmen ihrer Massnahmenbegründung ausführen, dass zu ihrer früheren Lebenshaltung auch die Äufnung einer 3. Säule gehört habe (Urk. 3/86 S. 24). Jedoch bezifferte sie die monatlichen Betreffnisse erst im Rahmen ihrer Massnahmenreplik mit Fr. 500.– und führte dort auch aus, diese indirekte Amortisation der Hypothek sei mit der Bank so festgelegt worden (vgl. Urk. 3/86 S. 22; Urk. 3/98 S. 21; vgl. auch Urk. 3/109 S. 11). In seiner Massnahmenreplik liess der Kläger vorbringen, weil gemäss der Beklagten während des Zusammenlebens keine Sparquote gebildet worden sei, gehöre auch eine Äufnung der 3. Säule, welche zweifellos eine Vermögensbildung darstelle, nicht zum ehelichen Lebensstandard. Zudem hätten die Parteien bereits vor der Trennung unter dem Güterstand der Gütertrennung gelebt (Urk. 3/104 S. 12). Somit gelten die Beiträge für die 3. Säule - entgegen der Vorinstanz - als bestritten (vgl. Art. 229 Abs. 3 ZPO). Freiwillig gezahlte Versicherungs- und Vorsorgebeiträge können bei guten finanziellen Verhältnissen angerechnet werden, wenn beide Eheleute gleich behandelt werden und dies bereits dem Lebensstandard während des Zusammenlebens entsprochen hat (Maier, a.a.O., S. 324). Eine Amortisation von Grundpfandschulden ist Vermögensbildung und bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Eine Anrechnung kommt ausnahmsweise in Betracht, wenn der Schuldner gesetzlich oder vertraglich zur Amortisation verpflichtet ist und es die finanziellen Verhältnisse erlauben. Zwar brachte die Beklagte keine Belege betreffend die Bezahlung der Prämien für die 3. Säule bei (vgl. Urk. 3/98 S. 21; Urk. 3/109 S. 11; Urk. 3/87/8). Allerdings liess der Kläger nicht in Abrede stellen, dass die geltend gemachten Prämien tatsächlich bezahlt werden und der indirekten Amortisation der Hypothek gemäss Vereinbarung mit der Bank dienen. Er wehrt sich vielmehr lediglich gegen deren Berücksichtigung im beklagten Bedarf (Urk. 16/1 S. 15).

- 37 - Vorliegend dient die Äufnung der 3. Säule unbestrittenermassen der indirekten Amortisation der Hypothek und ist damit vermögensbildend, wobei die Vermögensbildung einzig der Beklagten zugute kommen wird, welche die zurzeit je im hälftigen Miteigentum der Parteien stehende eheliche Liegenschaft, welche offenbar einzig aus Eigenmitteln der Beklagten und Fremdmitteln finanziert wurde, im Zuge der Scheidung wohl ins Alleineigentum übernehmen wird (vgl. Urk. 3/2/7; Urk. 3/46 S. 4; Urk. 3/60 S. 15 ff.; vgl. auch Urk. 3/2/1 Ziffer 9). Jedoch liegen gute finanzielle Verhältnisse vor und die Äufnung der 3. Säule gehört zur bisherigen Lebenshaltung der Beklagten, zumal auch der Kläger eine Lebensversicherung abgeschlossen hat (Prot. I S. 14; Urk. 3/104 S. 13; Urk. 3/88/14; Urk. 3/98 S. 23; Urk. 3/60 S. 22; Urk. 3/2/1 Ziffer 8). Es bleibt daher bei der Anrechnung der Fr. 500.– pro Monat, nachdem die Beklagte bei der angewandten einstufigen Bemessungsmethode diesbezüglich nicht auf den Freibetrag verwiesen werden kann (vgl. Urk. 16/1 S. 15, BGer 5A\_780/2015 E. 2.2 und 2.7). 1) Weil der Beklagten grosszügig insbesondere monatlich Fr. 500.– für Ferien, Fr. 250.– für Hobbies/Freizeit, Fr. 350.– für Geschenke/Einladungen/Coiffeur und Fr. 500.– für die 3. Säule zuerkannt wurden sowie mit Blick auf die angewandte einstufige Methode, ist nicht einsichtig, weshalb ihr

zusätzlich ein (nicht bezifferter) Freibetragsanteil (vgl. Urk. 16/15 S. 19) eingeräumt werden sollte. m) Zusammengefasst präsentiert sich der beklagte Bedarf somit folgendermassen: Grundbetrag Fr. 1'200.– Hypothekarzins Fr. 908.– Unterhalt / Nebenkosten Fr. 484.– Strom Fr. 77.– Krankenkasse Fr. 345.– zusätzliche Gesundheitskosten Fr. 250.– Mobiltelefon Fr. 130.– Haushaltversicherung Fr. 74.– CAP Rechtsschutzversicherung Fr. 29.– Autobenutzung Fr. 819.– Billag Fr. 39.– Bücher/Zeitschriften Fr. 60.– Geschenke/Einladungen/Coiffeur Fr. 350.– auswärtiges Essen/Ausgang Fr. 220.–  
- 38 - Hobbies/Freizeit Fr. 250.– Ferien Fr. 500.– Steuern Fr. 1'200.– 3. Säule Fr. 500.–  
Total Bedarf Fr. 7'435.– 3. Berechnung Ehegattenunterhalt

### **E. 3**

Gemäss Art. 133 Abs. 3 ZGB kann das (Scheidungs-)Gericht den Kindesunterhaltsbeitrag über den Eintritt der Volljährigkeit hinaus festlegen. Der Elternteil, dem im Scheidungsprozess die elterliche Sorge zuerkannt worden ist, macht in seinem Namen und anstelle des unmündigen Kindes die diesem geschuldeten Unterhaltsbeiträge geltend. Wenn das Kind im Laufe des Verfahrens mündig wird, dauert diese Befugnis des Elternteils (Prozessstandschaft) für die Beiträge nach Erreichen der Mündigkeit fort, sofern das nun mündige Kind dem zustimmt (BGE 142 III 78 E. 3.2; BGE 129 III 55 ff., Regeste und E. 3). Im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens am 3. Februar 2012 (vgl. Urk. 3/1) war der gemeinsame Sohn D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1994, noch unmündig (Urk. 3/2/4). Wenn nun dereinst im Scheidungsurteil bei gegebenen Voraussetzungen (vgl. Art. 277 Abs. 2 ZGB) Volljährigenunterhaltsbeiträge festgelegt werden können, muss das umso mehr für das Massnahmenverfahren Geltung haben (vgl. auch ZR 105 Nr. 40). Dass D.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Anhängigmachung des Massnahmenverfahrens am 11. September 2014 (Urk. 3/59) bereits volljährig war, ändert daran nichts. Zu Recht hält denn auch die Vorinstanz dafür, dass eine Spaltung der Rechtshängigkeit sich weder auf eine gesetzliche Bestimmung stützt noch auf der Rechtsprechung beruht (Urk. 2 S. 8). Das Massnahmeverfahren gehört zum Scheidungsverfahren. Mit Rechtskraft des Schei-

- 9 - dungsurteils fallen die vorsorglichen Massnahmen von Gesetzes wegen dahin (Art. 268 Abs. 2 ZPO). Von verschiedenen Verfahren kann somit nicht die Rede sein (Urk. 16/1 S. 5). Ebenso spielt keine Rolle, dass vorliegend keine Unmündigenunterhaltsbeiträge festzulegen waren. D.\_\_\_\_\_ stimmte der Geltendmachung seiner Unterhaltsansprüche im Scheidungsverfahren durch die Beklagte zu (vgl. Urk. 3/61/2 bzw. Urk. 3/87/1). Sie ist daher befugt, den (vorsorglichen) Volljährigenunterhalt für D.\_\_\_\_\_ im vorliegenden Massnahmeverfahren als Prozessstandschafterin geltend zu machen. Dem Nichteintretensantrag des Klägers (Urk. 16/1 S. 2 Ziffer 3) ist daher nicht stattzugeben (BGer 5A\_984/2014 = BGE 142 III 78 [Urk. 16/1 S. 6; Urk. 8 S. 5] bezieht sich im Übrigen auf ein Rechtsöffnungsverfahren betreffend die Eintreibung von Unterhaltsbeiträgen für ein im Zeitpunkt der Anhebung des Begehrens bereits mündiges Kind bezüglich der Zeit seiner Unmündigkeit. Eine Zustimmung des mündigen Kindes lag nicht vor. Eine analoge Anwendung von Art. 133 Abs. 3 ZGB wurde entsprechend abgelehnt.).

#### **E. 3.1**

Nicht (mehr) beanstandet wurde die seitens der Beklagten beantragte rückwirkende Festlegung der Unterhaltsbeiträge für sie persönlich ab 1. November 2013 und für den Sohn D.\_\_\_\_\_ ab 10. September 2013 (vgl. Urk. 3/59 S. 2; Urk. 2 S. 28 f., 32; Urk. 16/1 S. 2, 16; demgegenüber: Urk. 3/104 S. 5; Art. 173 Abs. 3 ZGB analog).

### E. 3.2

Seitens des Klägers wurde auch nicht in Frage gestellt, dass der Beklagten von der Vorinstanz während der ganzen Zeitspanne die Auslagen für den Arbeitsweg und die auswärtige Verpflegung in Anrechnung gebracht wurden, insbesondere auch während der Zeiten der Erwerbslosigkeit, zumal die Beklagte Anspruch auf die bisherige Lebenshaltung hat (Urk. 2 S. 29; Urk. 16/1 S. 15 f.).

### E. 3.3

a) Der Kläger selbst bezifferte seinen monatlichen Bedarf vor Vorinstanz mit rund Fr. 5'000.– (Urk. 2 S. 28; Prot. I S. 14). Einen Betrag für die laufenden Steuern machte er im erstinstanzlichen Verfahren nicht geltend (Prot. I S. 14; Urk. 3/104 S. 13; Urk. 3/117). Im Berufungsverfahren ist er damit verspätet, zumal er nicht rügt, die Vorinstanz habe ihm in Verletzung der Untersuchungsmaxime keinen Betrag für die Steuern in Anrechnung gebracht (vgl. Urk. 16/1 S. 16; Art. 317 Abs. 1 ZPO; Urk. 16/15 S. 11). Bei der einstufigen Berechnungsmethode kommt es allerdings auf den Bedarf des Pflichtigen nicht an. Dass der Kläger vor kurzem in eine günstigere Wohnung umgezogen sein soll (vgl. Urk. 16/15 S. 12), ist daher nicht relevant, weshalb sich auch die angeführte Edition des neuen Mietvertrags erübrigt. Bezüglich November und Dezember 2013 sowie in der Zeit von April 2015 bis Ende August 2015 reicht das monatliche Gesamteinkommen der Parteien (Fr. 11'049.– bzw. Fr. 12'811.–) allerdings nicht aus, um den der Beklagten ge-

- 39 - bührenden Bedarf von Fr. 7'435.– pro Monat, den geltend gemachten klägerischen monatlichen Bedarf von Fr. 5'000.– und die Volljährigenunterhaltsbeiträge für D. \_\_\_\_\_ (vgl. dazu nachstehende Ziffer 4) von Fr. 460.– im Monat (total Fr. 12'895.–) zu decken (vgl. auch Urk. 2 S. 29). Zwar gehen die Unterhaltsbeiträge des Ehegatten grundsätzlich denjenigen der mündigen Kinder vor (vgl. Maier, a.a.O., S. 313). Allerdings wurde vorliegend - insbesondere seitens der Beklagten - ein stark erweiterter Lebensbedarf berücksichtigt. Solches ist zulasten des sich noch in Ausbildung befindenden Sohnes nicht angängig. Vielmehr rechtfertigt es sich, bei der Ermittlung der klägerischen Leistungsfähigkeit die Unterhaltsbeiträge für D. \_\_\_\_\_ mitzuberücksichtigen. Betreffend diese beiden Zeitphasen drängt sich, wie eingangs bereits erwähnt (vgl. Ziffer 2.3), mit Blick auf die finanziellen Verhältnisse der Parteien und den Gleichbehandlungsgrundsatz der Ehegatten, wonach beide nach Möglichkeiten Anspruch auf Beibehaltung der bisherigen Lebenshaltung haben, die zweistufige Berechnungsmethode auf, wobei die Notbedarfe der Parteien hier entsprechend zu reduzieren sind. b) Bezüglich des Klägers ist dabei von folgendem Existenzminimum auszugehen: Anerkannt bzw. unbestritten sind die folgenden Bedarfspositionen des Klägers: Fr. 1'200.– Grundbetrag, Fr. 369.– Krankenkasse, rund Fr. 39.– Billag-Gebühren, Fr. 105.– Kosten Cablecom und rund Fr. 29.– Haushaltversicherung (vgl. Prot. I S. 14; Urk. 3/98 S. 22 f.). Die Kosten für die Lebensversicherung (Fr. 266.40) gehören nicht in den engeren Bedarf des Klägers. Belegt sind Mietkosten für die 3,5-Zimmerwohnung in der Höhe von Fr. 2'805.– pro Monat (Urk. 3/88/6). Davon in Abzug zu bringen sind Fr. 600.– Kostenanteil für die ebenfalls dort domizilierte klägerische GmbH (Prot. I S. 14; Urk. 3/98 S. 22). Wie die Beklagte zu Recht bereits vor Vorinstanz geltend machte, kann der Kläger (jedenfalls im Rahmen seines an dieser Stelle massgeblichen engeren Bedarfs) nicht zwei Parkplätze für sich beanspruchen, sondern nur einen. Dieser wird offenbar über die GmbH bezahlt (Urk. 3/98 S. 22; Urk. 3/94/7 [Vergütung von Fr. 2'040.– bzw. Fr. 170.– pro Monat Miete Parkplatz auf dem Privat-Kontokorrentkonto des Klägers]). Somit belaufen sich die anrechenbaren Mietkosten

des Klägers auf Fr. 2'205.–. Für die Parkplätze ist nichts einzusetzen. Dass die geltend gemachten privaten Auslagen des Klägers für den Arbeitsweg (Fr. 154.–), für die auswärtige - 40 - tige Verpflegung (Fr. 220.–), das Mobiltelefon (Fr. 99.–; Urk. 3/88/10, 11) und die Motorfahrzeugversicherung (Fr. 151.–; Urk. 3/88/15) über die GmbH finanziert würden, wie die Beklagte behauptete (Urk. 3/98 S. 22 f.; Urk. 3/109 S. 12), liess der Kläger bestreiten (Prot. I S. 14; Urk. 3/104 S. 13). Nachdem in der Erfolgsrechnung 2014 ein Privatanteil Telefon von Fr. 555.56 sowie ein Privatanteil Fahrzeuge von Fr. 7'128.89 ausgeschieden wurde (vgl. Urk. 3/94/4 S. 6 f.), kann dem Kläger solches nicht pauschal unterstellt werden. Die Positionen Arbeitsweg, Mobiltelefon und Motorfahrzeugversicherung sind dem Kläger daher im Bedarf zu veranschlagen. Mit Blick auf die als Geschäftsaufwand verbuchten Reise- und Repräsentationsspesen, namentlich die Restaurantbesuche (vgl. Urk. 3/94/10 S. 22; Urk. 3/94/4 S. 7; Urk. 3/109 S. 12; Urk. 16/15 S. 13), rechtfertigt es sich jedoch, die pauschal geltend gemachten, für ein Vollpensum üblichen Kosten für auswärtige Verpflegung ermessensgemäss jedenfalls auf die Hälfte zu reduzieren. Diesbezüglich sind ihm somit lediglich Fr. 110.– anzurechnen. Zusammengefasst beläuft sich der klägerische Notbedarf somit auf rund Fr. 4'460.–. Dazu kommen die Fr. 460.– Unterhaltsbeiträge für D.\_\_\_\_\_, womit von Fr. 4'920.– auszugehen ist. c) Der oben dargestellte Bedarf der Beklagten ist um die Positionen Bücher/Zeitschriften (Fr. 60.–), Geschenk/Einladungen/Coiffeur (Fr. 350.–), Hobbies/Freizeit (Fr. 250.–), Ferien (Fr. 500.–) und 3. Säule (Fr. 500.–) zu kürzen, welche aus dem Freibetragsanteil zu bestreiten sind. Somit beläuft er sich auf Fr. 5'775.–.

#### **E. 3.4**

Dementsprechend ergeben sich folgende Unterhaltsbeiträge gemäss der zweistufigen Methode: Nov. und Dez. 2013 1.4.2015 bis 31.8.2015 Einkommen Kläger Fr. 7'827 Fr. 12'811 Einkommen Beklagte Fr. 3'222 Fr. 0 Gesamteinkommen Fr. 11'049 Fr. 12'811 Bedarf Kläger Fr. 4'920 Fr. 4'920

- 41 - Bedarf Beklagte Fr. 5'775 Fr. 5'775 Gesamtbedarf Fr. 10'695 Fr. 10'695 Überschuss Fr. 354 Fr. 2'116 ½ Überschuss Fr. 177 Fr. 1'058 Unterhaltsbeitrag Fr. 2'730 Fr. 6'833 Beklagte Der Überschuss ist dabei unter den Parteien je hälftig zu teilen, nachdem der volljährige Sohn nur Anspruch auf Deckung der Unkosten, nicht aber auf einen allfälligen Anteil am Überschuss hat (vgl. Urk. 2 S. 31 mit Hinweis). Bezüglich der weiteren Zeitphasen ist, wie eingangs dargetan, mit der Vorinstanz von der einstufigen Berechnungsmethode auszugehen. 2014 1.01.15 bis 1.09.15 bis 31.03.15 30.11.15 Einkommen Fr. 14'478 Fr. 12'811 Fr. 12'811 Kläger Bedarf Kläger Fr. 4'460 Fr. 4'460 Fr. 4'460 UHB D.\_\_\_\_\_ Fr. 460 Fr. 460 Fr. 460 Überschuss Fr. 9'558 Fr. 7'891 Fr. 7'891 geb. Bedarf Fr. 7'435 Fr. 7'435 Fr. 7'435 Beklagte Einkommen Fr. 3'222 Fr. 3'222 Fr. 1'605 Beklagte Fehlbetrag = Fr. 4'213 Fr. 4'213 Fr. 5'830 Unterhaltsbeitrag Beklagte 1.12.15-31.05.17 ab 1.06.17 Einkommen Fr. 17'095 Fr. 17'095 Kläger Bedarf Kläger Fr. 4'460 Fr. 4'460 UHB D.\_\_\_\_\_ Fr. 460 Fr. 460 Überschuss Fr. 12'175 Fr. 12'175 geb. Bedarf Fr. 7'435 Fr. 7'435 Beklagte Einkommen Fr. 1'605 Fr. 3'580 Beklagte Fehlbetrag = Fr. 5'830 Fr. 3'855 Unterhaltsbeitrag Beklagte Resümiert würden sich somit folgende Unterhaltsbeiträge für die Beklagte persönlich ergeben:

- 42 - - von 1. November 2013 bis 31. Dezember 2013: Fr. 2'730.–; - von 1. Januar 2014 bis 31. März 2015: Fr. 4'213.–; - von 1. April 2015 bis 31. August 2015: Fr. 6'833.–; - von 1. September 2015 bis 31. Mai 2017: Fr. 5'830.–; - ab 1. Juni 2017: Fr. 3'855.–. Im Bereich der

persönlichen Unterhaltsbeiträge gilt die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte ficht einzig die ihr erstinstanzlich ab 1. September 2015 zugesprochenen monatlichen Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 4'002.– an und verlangt deren Erhöhung auf Fr. 6'700.– (Urk. 1 S. 2). Vor Vorinstanz hatte sie demgegenüber rückwirkend ab 1. November 2013 persönliche Unterhaltsbeiträge von mindestens Fr. 9'000.– pro Monat beantragen lassen (Urk. 3/86 S. 1). Der Kläger verlangt die Herabsetzung der der Beklagten erstinstanzlich zugesprochenen Unterhaltsbeiträge auf Fr. 1'241.– von 1. November 2013 bis 31. März 2015 bzw. Fr. 1'013.– ab 1. April 2015 (Urk. 16/1 S. 2). Angesichts dieser Berufungsanträge bleibt es bei den persönlichen Unterhaltsbeiträgen gemäss dem angefochtenen Entscheid von Fr. 1'941.– pro Monat von 1. November 2013 bis 31. Dezember 2013 und Fr. 6'108.– monatlich von 1. April 2015 bis 31. August 2015 (Urk. 2 S. 33, Dispositivziffer 3a). Von 1. Januar 2014 bis 31. März 2015 sind die persönlichen Unterhaltsbeiträge jedoch neu auf Fr. 4'213.– pro Monat festzulegen, ab 1. September 2015 bis 31. Mai 2017 auf Fr. 5'830.– und ab 1. Juni 2017 auf Fr. 3'855.–.

4. Unterhaltsbeiträge für den volljährigen Sohn D.\_\_\_\_\_

#### **E. 4**

Die Beklagte beantragt im Rahmen ihrer Berufung zunächst eine Präzisierung der erstinstanzlichen Dispositivziffer 3 betreffend die Zahlstelle der Unterhaltsbeiträge für den Sohn D.\_\_\_\_\_. Die Unterhaltsbeiträge seien, wie in den vorinstanzlichen Erwägungen, nicht jedoch im Urteilsspruch festgehalten, ihr, der Beklagten, zu bezahlen (Urk. 1 S. 2, 4 f.). In den Erwägungen hielt die Vorderrichterin dafür, der Kläger sei zu verpflichten, der "Massnahmeklägerin" (respektive Beklagten) an die Kosten des Unterhaltes des Sohnes den jeweils auf den ersten eines jeden Monats zum Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag für die Dauer des Scheidungsverfahrens, längstens aber bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung zu bezahlen (Urk. 2 S. 32 E. 4.10.4. 2. Abschnitt). Im Urteilsspruch steht dann jedoch nicht explizit, dass (auch) die Unterhaltsbeiträge für den Sohn D.\_\_\_\_\_ an die Beklagte zu zahlen sind (Urk. 2 S. 33, Dispositivziffer 3). Aus den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen erhellt jedoch klar, dass die betreffende Dispositivziffer so zu fassen ist, dass der Kläger zu verpflichten ist, die Unterhaltsbeiträge für D.\_\_\_\_\_ an die Beklagte zu bezahlen.

- 10 -

#### **E. 4.1**

D.\_\_\_\_\_ schloss im August 2014 seine Lehre ab und begann im Oktober 2014 sein berufsbegleitendes Studium an der Fachhochschule in Winterthur, welches drei Jahre dauern wird. Er arbeitet daneben zu 60% und verdient damit Fr. 1'800.– netto monatlich. An 1,5 Tagen pro Woche besucht er die Schule (Prot. I S. 23; Urk. 3/87/33). Dass es sich bei der berufsbegleitenden Ausbildung an der Technischen Fachhochschule im Anschluss an die Lehre als L.\_\_\_\_\_ um eine

- 43 - angemessene Ausbildung handelt, wurde vom Kläger nicht in Abrede gestellt (Urk. 16/1 S. 17; Urk. 8). Wie die erste Instanz zu Recht feststellte, haben daher die Eltern gestützt auf Art. 277 Abs. 2 ZGB für den Unterhalt des Sohnes bis zum Abschluss der geplanten Ausbildung aufzukommen, soweit ihnen solches in Anbetracht der Gesamtumstände zuzumuten ist (Urk. 2 S. 9). Weil die Beklagte, wie dargetan, nicht einmal in der Lage ist, ihren eigenen Bedarf zu decken, sind die Unterhaltsbeiträge für D.\_\_\_\_\_ einzig vom Kläger zu beziehen (vgl. demgegenüber: Urk. 16/1 S. 17).

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz ging von einem Bedarf des volljährigen D.\_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 2'306.– aus und rechnete ihm sein ganzes Nettoeinkommen von Fr. 1'800.– an. Entsprechend verpflichtete sie den Kläger zur Leistung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen an D.\_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 506.– inklusive allfälliger Kinder-, Familien- oder Ausbildungszulagen rückwirkend ab 10. September 2013 (Urk. 2 S. 31 f.).

#### **E. 4.3**

Die Beklagte ficht die Bemessung des Volljährigenunterhalts für den Sohn D.\_\_\_\_\_ nicht an (Urk. 1 S. 4). Der Kläger kritisiert für den Eventualfall der Bejahung der sachlichen Zuständigkeit für die Festlegung des Volljährigenunterhalts zunächst die Höhe des angerechneten Grundbetrags (Urk. 16/1 S. 17). Die Vorinstanz erwog, wohne das Kind im Haushalt eines Elternteils rechtfertige es sich, den Grundbetrag zwischen dem hälftigen Betrag für ein Ehepaar (Fr. 850.–) und dem Betrag für eine alleinstehende Person in Haushaltsgemeinschaft (Fr. 1'100.–) festzusetzen. Für den inzwischen 22-jährigen Sohn erscheine es somit sachgerecht, den Grundbetrag auf Fr. 1'000.– pro Monat festzusetzen (Urk. 2 S. 31 mit Hinweisen). Der Kläger kritisiert, die Beklagte und D.\_\_\_\_\_ hätten gemäss Vorinstanz einen Grundbetrag von insgesamt Fr. 2'200.–. Gegenüber dem Grundbetrag eines Ehepaares von Fr. 1'700.– oder eines in einer eingetragenen Partnerschaft lebenden Paares sei solches nicht gerechtfertigt. Würde sich D.\_\_\_\_\_ nur in Ausbildung befinden und keiner Teilzeiterwerbstätigkeit nachgehen, wären unstrittigerweise bloss Fr. 600.– einzusetzen. Weil D.\_\_\_\_\_ jedoch in einem Teilzeitpensum von 60% erwerbstätig sei, sei maximal ein Grundbetrag von Fr. 850.– gerechtfertigt, das heisse die Hälfte eines Ehepaargrundbetrages (Urk. 16/1

- 44 - S. 17; Prot. I S. 19). Vorliegend scheint in der Tat ein Grundbetrag von Fr. 850.– gerechtfertigt. Dieser entspricht dem hälftigen Grundbetrag eines Ehepaares, was sachgerecht erscheint, wenn das volljährige Kind weiterhin mit einem Elternteil im Familienverbund lebt. Es wird damit auch an die Verhältnisse vor Eintritt der Volljährigkeit angeknüpft, wo ein Grundbetrag von Fr. 600.– angerechnet wird (vgl. Bähler, Unterhaltsberechnung - von der Methode zu den Franken, in: FamPra.ch 2015 S. 271 ff., S. 293; Urk. 16/1 S. 17). Ferner ist beim Bedarf von D.\_\_\_\_\_ ein Wohnkostenanteil von gesamthaft Fr. 351.– in Anrechnung zu bringen (vgl. Fr. 230.– Anteil Hypothekarzins + Fr. 121.– Anteil Nebenkosten; vgl. vorstehend). Die weiteren vorinstanzlichen Bedarfspositionen wurden nicht kritisiert und erscheinen ausgewiesen, womit sich der monatliche Bedarf von D.\_\_\_\_\_ folgendermassen präsentiert: Grundbetrag Fr. 850.– Wohnkostenanteil Fr. 351.– Krankenkasse Fr. 235.– Telefon Fr. 100.– Mobilität Fr. 146.– Schulkosten Fr. 450.– Freizeit/Ferien Fr. 300.– Steuern Fr. 75.– Total Bedarf Fr. 2'507.– Davon ist zunächst das monatliche Einkommen von D.\_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 1'800.– netto in Abzug zu bringen. Wie bereits vor Vorinstanz (vgl. Prot. I S. 19), hält der Kläger dafür, dass auch die Ausbildungszulagen für D.\_\_\_\_\_ von dessen Bedarf in Abzug zu bringen seien (Urk. 16/1 S. 17). Die Vorinstanz äusserte sich nicht dazu, sprach jedoch die Volljährigenunterhaltsbeiträge inkl. allfällige Kinder-, Familien- oder Ausbildungszulagen zu, ohne solches jedoch auch im Dispositiv festzuhalten (vgl. Urk. 2 S. 32, 33, Dispositivziffer 3.b). Die Beklagte lässt ausführen, ob aktuell noch Ausbildungszulagen erhältlich gemacht werden könnten, sei angesichts des Eigenverdienstes des Sohnes D.\_\_\_\_\_ mehr als fraglich. Bezeichnend sei jedoch, dass der Kläger

- 45 - für den Zeitraum August 2014 bis September 2015 die Ausbildungszulagen für den Sohn "eingeheimst" habe. Weitergeleitet habe er hiervon keinen Franken (Urk. 16/15 S. 5). Offenbar wurden bislang von keiner Partei Ausbildungszulagen für D.\_\_\_\_\_ bezogen (Prot. I S. 13, 19; Urk. 3/104 S. 5; Urk. 3/88/16 S. 2; Urk. 3/118 S. 3 f.). Die Behauptung, wonach der Kläger von August 2014 bis September 2015 die Ausbildungszulagen für den Sohn "eingeheimst" habe, ist neu und im Berufungsverfahren nicht mehr zu hören (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Im Übrigen erhellt solches auch nicht aus den Akten. Zwar wies der Kläger vor Vorinstanz darauf hin, dass Kinderzulagen an Selbstständigerwerbende nicht ausbezahlt, sondern mit ihren Beiträgen verrechnet würden. Dies sei auch im Kanton Zürich so (Urk. 3/117 S. 5). Daraus kann jedoch nicht einfach abgeleitet werden, dass vorliegend tatsächlich mit den AHV-Beiträgen des Klägers die Ausbildungszulagen des Sohnes verrechnet wurden, wie die Beklagte das tun will (vgl. Urk. 3/118 S. 3 f.), zumal Inhaber einer AG oder GmbH gemäss AHV-Gesetzgebung als Arbeitnehmer der eigenen Firma (und nicht als Selbstständigerwerbende) gelten (vgl. [www.svazurich.ch/internet/de/private/arbeitsituation/selbstaendig.html](http://www.svazurich.ch/internet/de/private/arbeitsituation/selbstaendig.html)). Der 22-jährige D.\_\_\_\_\_ befindet sich noch in Ausbildung (vgl. Art. 49bis AHVV; Prot. I S. 22 f.) und sein Eigenverdienst liegt mit Fr. 22'626.– netto (vgl. Urk. 3/87/33) unter dem Maximalbetrag von derzeit Fr. 28'200.–, der noch zum Bezug von Ausbildungszulagen berechtigt. Vorliegend gelten beide Parteien als Arbeitnehmer ihrer GmbH und nicht als Selbstständigerwerbende. Beide Parteien erfüllten seit 10. September 2013 (Beginn Unterhaltbeitragspflicht für D.\_\_\_\_\_) das Kriterium des AHV-pflichtigen jährlichen Mindesteinkommens von Fr. 7'050.– pro Jahr bzw. Fr. 587.– pro Monat. Pro Kind ist nur eine Zulage möglich. Weil die erwerbstätige Beklagte mit D.\_\_\_\_\_ zusammenlebt, dürfte primär sie Anspruch auf die Ausbildungszulagen haben (vgl. auch Urk. 3/104 S. 5; Art. 7 Abs. 1 lit. c FamZG [SR 836.2]). Nachforderungen und Rückerstattung von Familienzulagen sind auf fünf Jahre möglich (vgl. zum Ganzen: [www.svazurich.ch/internet/de/produkte/familienzulagen](http://www.svazurich.ch/internet/de/produkte/familienzulagen); FamZWL [Wegleitung zum Bundesgesetz über die Familienzulagen [FamZG]). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, Ausbildungszulagen für D.\_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 250.– pro Monat von seinem Bedarf in Abzug zu

- 46 - bringen (vgl. dazu Maier, a.a.O., S. 330), weil die Beklagte diese nachträglich rückwirkend und für die Zukunft erhältlich machen kann. Die Unterhaltsbeiträge für den volljährigen Sohn D.\_\_\_\_\_ sind somit auf gerundet Fr. 460.– pro Monat (Fr. 2'507.– - Fr. 1'800.– - Fr. 250.–) festzulegen (vgl. auch Urk. 16/1 S. 2, 17). Sie sind vorsorglich antragsgemäss (vgl. Urk. 3/86 S. 1) zuzüglich allfälliger Ausbildungszulagen festzulegen, sollte gleichwohl der Kläger solche Ausbildungszulagen beziehen oder bezogen haben. D. Kosten- und Entschädigungsfolgen Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 6'000.– festzusetzen (Art. 96 ZPO; Art. 105 Abs. 1 ZPO; § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Die Unterhaltsbeiträge wurden auf ein Jahr rückwirkend zugesprochen. In der Hauptsache wurden bislang die Parteien am 13. September 2012 zum Scheidungspunkt angehört (Prot. I S. 4 f.) und es wurden die Klagebegründung vom 14. Mai 2014 und die Klageantwort vom 10. September 2014 erstattet (Urk. 3/46; Urk. 3/60). Strittig sind nebst den Unterhaltsbeiträgen auch güterrechtliche Belange, insbesondere im Zusammenhang mit der Aufhebung der ehelichen Kollektivgesellschaft und der Abfindung der Beklagten (vgl. Urk. 3/46 S. 3 f.; Urk. 3/60 S. 3, 10, 15 ff.). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich von einer mutmasslichen Geltungsdauer des vorliegenden Massnahmenentscheids von rund viereinhalb Jahren bzw. 54 Monaten auszugehen. Die

Unterhaltsbeiträge für D.\_\_\_\_\_ sind demgegenüber nur bis zum Abschluss der angemessenen Ausbildung geschuldet und damit voraussichtlich bis und mit August 2017 (vgl. Prot. I S. 23). Damit obsiegt die Beklagte mit rund 80%. Folglich sind die Kosten des Berufungsverfahrens zu 1/5 der Beklagten (Fr. 1'200.–) und zu 4/5 (Fr. 4'800.–) dem Kläger aufzuerlegen. Die Verfahrenskosten sind mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen über je Fr. 3'000.– (Urk. 5; Urk. 16/11) zu verrechnen. Dabei sind der Beklagten Fr. 1'800.– vom Kläger zu erstatten (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

- 47 - Ferner ist der Kläger zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beklagten für ihre Aufwendungen im Rahmen der vorliegenden Doppelberufung eine auf 3/5 reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die volle Entschädigung ist dabei auf Fr. 6'000.– festzulegen (Art. 96 ZPO; Art. 105 Abs. 2 ZPO; § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5, § 9, § 11 Abs. 1 und 2 sowie § 13 Abs. 1 AnwGebV). Dementsprechend schuldet der Kläger der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'600.–. Ein Mehrwertsteuerzuschlag wurde nicht verlangt (vgl. Urk. 1 S. 2, 11; Urk. 14 S. 7; Urk. 16/15 S. 2, 21), weshalb die Parteientschädigung ohne einen solchen Zuschlag zuzusprechen ist (vgl. ZR 104 Nr. 76). Es wird beschlossen:

#### **E. 5**

Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt, sind im vorliegenden Massnahmenverfahren die Bestimmungen über die Eheschutzmassnahmen sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO; Urk. 2 S. 6). Das Verfahren ist summarischer Natur und die tatsächlichen Verhältnisse sind lediglich glaubhaft zu machen (vgl. Urk. 2 S. 7). Betreffend die Kinderbelange - und insbesondere auch wenn es um den Unterhalt bereits mündiger Kinder im Scheidungsverfahren geht (vgl. Urk. 2 S. 30 f. mit Hinweis auf ZR 114 [2015] Nr. 77 S. 297; vgl. auch BGE 139 III 368 und FamKomm-Wullschleger, Allg. Bem. zu Art. 276-293 ZGB, N 18-20 S 790) - gelten die Official- und Untersuchungsmaxime (Art. 58 Abs. 2 ZPO; Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Bezüglich der persönlichen Unterhaltsbeiträge gelten die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) und der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 272 ZPO). Da Ehegattenunterhaltsbeiträge und Kinderunterhaltsbeiträge mit Blick auf die Leistungsfähigkeit des Schuldners ein Ganzes bilden, dessen einzelne Teile nicht vollständig unabhängig voneinander festgesetzt werden können, gilt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO im vorliegenden Verfahren mit Blick auf die Leistungsfähigkeit der Parteien jedoch vollumfänglich. Die Untersuchungsmaxime gilt dabei auch zugunsten des Pflichtigen (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 280 N 5 ff.). Trotz Untersuchungs- und Officialmaxime haben die Parteien das Tatsächliche vorzutragen und bei der Sammlung des massgebenden Prozessstoffs mitzuwirken. Insbesondere obliegt es ihnen, dem Gericht das Tatsachenmaterial mit vollständigen und bestimmten Behauptungen zu unterbreiten und die Beweismittel zu bezeichnen. Das Gericht ist indes an die Anträge und tatsächlichen Vorbringen der Parteien nicht gebunden (Breitschmid, a.a.O., Art. 280 N 5; vgl. auch BGE 128 III 411 E. 3.2.1).

#### **E. 6**

Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage

richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1).

- 11 -

### **E. 7**

Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, das heisst, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dies gilt gemäss der Praxis auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (vgl. BGE 138 III 626 f. E. 2). Neue rechtliche Ausführungen stellen keine Noven dar. C. Unterhaltsbeiträge 1. Leistungsfähigkeit der Parteien

### **E. 12**

/ 13 Monatslohn: 13 Monatslohn Sonderzahlungen: Nein Monats- / Stundenlohn: Monatslohn Bei Anwendung dieser Kriterien resultiert für die Beklagte (von ... [Ort in Südeuropa], Niederlassungsbewilligung C [vgl. Urk. 3/2/4; Urk. 3/61/1; Urk. 3/61/27]) ein Medianbruttolohn von Fr. 4'367.–. Der von der Vorinstanz angerechnete Bruttolohn von rund Fr. 4'300.– ist daher nicht zu beanstanden. Weil die Beklagte entsprechende vergebliche intensive Arbeitssuchbemühungen weder konkret darlegte (vgl. Prot. I S. 20, 24) geschweige denn belegte, rechnete die erste Instanz ihr dieses hypothetische Einkommen denn auch zu Recht an. Im Verkauf/Onlinehandel etc. sind notorischerweise immer Stellen offen. Zudem präsentiert sich die allgemeine Wirtschaftslage als gut. Ausgehend von 12% Sozialabzügen ging die erste Instanz von einem Nettoeinkommen von Fr. 3'784.– aus (Urk. 2 S. 23; Urk. 16/1 S. 12). Die Beklagte hält neu dafür, da sie im 55. Altersjahr stehe, würden die BVG-Arbeitnehmerbeiträge 7,5% respektive 9% und nicht bloss 5,775%, wie die Vorinstanz angenommen habe, betragen (Urk. 1 S. 8; Urk. 16/15 - 27 - S. 16). Neue rechtliche Vorbringen sind stets zulässig, da das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 57 ZPO). Überdies gab erst der vorinstanzliche Entscheid, wobei die Vorinstanz die Sozialabzüge von sich aus bezifferte, Anlass zur (berechtigten) beklaglichen Kritik. Die hälftigen vom Arbeitnehmer zu tragenden Sozialabzüge betragen vorliegend rund 16,75% (5,125% AHV/IV/EO, 1,1% ALV, 9% BVG [ab 55 Jahren] und 1,52% geschätzt Unfall- und Krankentaggeldversicherung [vgl. Urk. 3/110/1-3]). Somit beläuft sich der massgebliche hypothetische branchenübliche der Beklagten anzurechnende Nettolohn auf gerundet Fr. 3'580.– (Fr. 4'300.– brutto minus Fr. 720.25 mutmassliche Sozialabzüge). Die Vorinstanz rechnete der Beklagten das hypothetische Einkommen rückwirkend, ohne Übergangsfrist ab Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit per 1. September 2015 an, weil die Beklagte ansonsten eine Anstellung als Verkäuferin hätte suchen und entsprechende (vergebliche) Suchbemühungen nachweisen müssen (Urk. 2 S. 23). Grundsätzlich - zumindest im erstinstanzlichen Verfahren - ist ein hypothetisches Einkommen nicht rückwirkend anzurechnen. Einem Unterhaltsberechtigten ist eine angemessene Frist einzuräumen, wenn die Pflicht zur Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbstätigkeit grundsätzlich bejaht wird; er muss hinreichend Zeit dafür haben, die rechtlichen Vorgaben in die Wirklichkeit umzusetzen. Dabei muss die Übergangsfrist ihrem Zweck und den Umständen angemessen sein (vgl. BGer 5C.138/2006 vom 18. Juli 2006 E. 3, 3. Absatz mit Hinweisen insbes. auf BGE 129 III 417 E. 2.2). In der Regel beträgt die Übergangsfrist drei bis sechs Monate. Sie beginnt frühestens mit der erstmaligen richterlichen Eröffnung der Umstel-

lungsfrist zu laufen. Eine rückwirkende Anrechnung des hypothetischen Einkommens ist nur in Ausnahmefällen möglich, wenn der betroffenen Person ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden kann oder wenn die geforderte Umstellung in ihren Lebensverhältnissen und das Erfordernis eines vermehrten beruflichen Einsatzes für sie vorhersehbar gewesen sind (Maier, a.a.O., S. 342 mit weiteren Hinweisen). Zwar wurde vorliegend das Scheidungsverfahren bereits im Februar 2012 eingeleitet und das Massnahmenbegehren im September 2014 gestellt, wobei der ge-

- 28 - meinsame Sohn D.\_\_\_\_\_ damals bereits kurz vor der Mündigkeit stand und keiner persönlichen Betreuung mehr bedurfte. Allerdings bestand für die Beklagte gleichwohl keine Pflicht, sofort nach der Trennung eine Arbeit aufzunehmen. Einerseits reichten die Mittel zur Bezahlung der Kosten zweier Haushalte problemlos aus, andererseits blieb die Beklagte trotz der Trennung im Mai 2011 zunächst weiterhin und bis Ende Oktober 2013 in der ehelichen Kollektivgesellschaft tätig (vgl. Prot. I S. 20, 25 f.). Überdies war es der Beklagten in der Folge nicht zuzumuten, in der per Ende September 2013 neu gegründeten E.\_\_\_\_\_ GmbH des Klägers (und damals noch seiner Freundin) zu arbeiten (Urk. 2 S. 22; Prot. I S. 21, 26, 29). Ab 30. Oktober 2015 war sie dann krankheitshalber arbeitsunfähig und bezog ab 20. November 2013 bis Ende März 2015 Krankentaggelder. Lediglich von April 2015 bis und mit August 2015, bis sie per 1. September 2015 die selbstständige Erwerbstätigkeit aufnahm, war die Beklagte ohne Einkommen (vgl. Urk. 2 S. 23). Trotz angeschlagener Gesundheit (Prot. I S. 20 f.; Urk. 3/86 S. 13 f.) blieb die Beklagte nicht untätig, sondern wagte mit der Aufnahme der Selbstständigkeit mit ihrer Boutique den Schritt zurück ins Erwerbsleben. Eine Ausnahme vom Grundsatz der nicht rückwirkenden Anrechnung eines höheren hypothetischen Einkommens rechtfertigt sich hier vor diesem Hintergrund jedenfalls nicht. Vielmehr ist der Beklagten eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen. Weil sie aber seit dem angefochtenen Entscheid vom 14. Juli 2016, welcher ihr am

## **E. 16**

August 2016 zugestellt wurde (Urk. 3/127), mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens rechnen musste, ist diese Frist nunmehr nicht mehr allzu lange zu bemessen. Wenn ihre Boutique nicht das erhoffte Einkommen abwirft (vgl. Urk. 1 S. 7; Urk. 14 S. 7), hätte sie sich anderweitig umsehen müssen. Somit rechtfertigt es sich, der Beklagten per 1. Juni 2017 das höhere hypothetische Einkommen in Anrechnung zu bringen.

Zusammengefasst beträgt das massgebliche Einkommen der Beklagten somit Fr. 3'222.– von November 2013 bis Ende März 2015, Fr. 0.– von April 2015 bis und mit August 2015, Fr. 1'605.– von September 2015 bis Ende Mai 2017 und Fr. 3'580.– ab 1. Juni 2017.

- 29 -