

# ZH\_OBERGERICHT LY160049 vom 3. Mai 2017

ZH Obergericht, 2017-05-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY160049](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY160049)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY160049 du 3 mai 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT LY160049 del 3 maggio 2017

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien befinden sich in einem vom Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) beim Einzelgericht (3. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) eingeleiteten Scheidungsverfahren nach Art. 114 ZGB (act. 7/1). Dem Scheidungsprozess ging ein Eheschutzverfahren vor dem Bezirksgericht Zürich voraus (vgl. act. 7/5/1-41), in welchem der Kläger mit Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils vom 20. März 2014 zur Zahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen an die Tochter C. \_\_\_\_\_ sowie mit Dispositiv-Ziffer 5 zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Beklagte) persönlich verpflichtet wurde (act. 7/5/37). Mit Verfügung vom 11. April

- 5 - 2014 wurde Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils vom 20. März 2014 dahingehend berichtigt, als dass der Kläger ergänzend verpflichtet wurde, allfällige Bonuszahlungen ab dem Geschäftsjahr 2013 hälftig mit der Beklagten zu teilen (act. 7/5/41). Im Rahmen des Scheidungsverfahrens stellte die Beklagte mit Eingabe vom 19. Juli 2016 ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen mit eingangs wiedergegebenem Rechtsbegehren (act. 7/41), worauf der Kläger seinerseits die oben aufgeführten Begehren stellen liess (act. 7/61 und act. 7/65). Nach Durchführung des Massnahmeverfahrens änderte die Vorinstanz mit Verfügung vom 16. Dezember 2016 die im Eheschutzverfahren festgelegten und später berichtigten Unterhaltsbeiträge für die Beklagte persönlich ab, wobei sie verschiedene Phasen unterschied (act. 6; Dispositiv-Ziffer 1). Auf die übrigen im Massnahmeverfahren gestellten Anträge der Parteien trat die Vorinstanz nicht ein (act. 6; Dispositiv-Ziffern 2 und 3).

### E. 1.1

Die Vorinstanz hielt im Entscheid vom 16. Dezember 2016 zunächst fest, aufgrund des im Verhältnis zum dem Eheschutzentscheid zugrunde gelegten Einkommen deutlich erhöhten Lohns des Klägers lägen dauerhaft und wesentlich veränderte Verhältnisse vor, welche einen Abänderungsgrund darstellen würden. Da der Beklagten neu zumutbar sei, zu 60 % zu arbeiten, sei auch auf ihrer Seite ein Abänderungsgrund zu bejahen. Dies führe zu einer neuen Unterhaltsberechnung (act. 6 E. IV.1). Den von der Beklagten ab April 2017 erzielbaren Nettolohn bemass die Vorinstanz mit Fr. 2'500.– pro Monat, bis dann betrage das Einkommen Fr. 1'000.– monatlich. Der Kläger habe bis im September 2016 durchschnittlich Fr. 20'422.– pro Monat verdient, danach habe er Arbeitslosentaggelder von Fr. 6'853.– im Oktober 2016 und Fr. 8'995.– ab November 2016 erhalten. Ab April 2017 sei ihm ein hypothetisches Einkommen von Fr. 20'000.– anzurechnen. Für den Bedarf des Klägers errechnete die Vorinstanz Beträge von Fr. 7'226.– bis Oktober 2016, Fr. 4'785.– bis April 2017 und ab dann Fr. 7'185.–. Der Bedarf der Beklagten mit C. \_\_\_\_\_ betrage Fr. 6'909.– bis Oktober 2016, Fr. 5'509.– bis April 2017 und ab dann Fr. 7'139.–. Bei beiden

Parteien wurden dabei keine Beträge für die Abzahlung von Schulden berücksichtigt. In der Schweiz zu bezahlende Steuern wurden für die Phasen bis Oktober 2016 und ab April 2017 angerechnet, nicht hingegen die in den Vereinigten Staaten zu entrichtenden Steuern. Die Überschussverteilung erfolgte hälftig. Nach Abzug der in Dispositiv-Ziffer 4 des Eheschutzentscheides vom 20. März 2014 aufgeführten Kinderunterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 1'800.– ergäben sich die festgesetzten ehelichen Alimente (act. 6 E. IV.2-6).

### **E. 1.2**

Der Kläger wendet dagegen ein, es sei ihm innert zu kurzer Frist ein zu hohes hypothetisches Einkommen angerechnet worden. Ausserdem betreue er die

- 10 - Tochter im gleichen Umfang wie die Beklagte, sodass es ihm nicht zumutbar sei, zu 100 % zu arbeiten. Was den Bedarf betreffe, so sei es nicht korrekt, dass kein Betrag für die Schuldentilgung berücksichtigt worden sei. Zudem müssten in den Perioden, in denen kein Manko vorliege, auch die in den USA geschuldeten Steuern miteinberechnet werden. Bei der Berechnung der jeweiligen Freibeträge sei der Vorinstanz ferner ein Rechnungsfehler unterlaufen. Als Berechnungsmethode sei schliesslich nicht die zweistufige Methode zu wählen, vielmehr sei aufgrund der vorliegenden Sparquote einstufig-konkret zu rechnen (act. 2 Rz 4 ff.).

### **E. 1.3**

Aus der Sicht der Beklagten ist die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von Fr. 20'000.– ab April 2017 nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz sei sodann korrekt von einer Vollzeitbeschäftigung ausgegangen. Die Raten zur Schuldenabzahlung und die US-Steuern seien von der Vorinstanz korrekterweise nicht berücksichtigt worden. Ein Rechenfehler wäre zu korrigieren, ansonsten sei sie mit der Berechnungsmethode der Vorinstanz einverstanden (act. 14 S. 3 ff.).

### **E. 1.4**

Das – von der Vorinstanz richtig beurteilte – Vorliegen von Abänderungsgründen wird von den Parteien somit nicht bestritten. Auch das Einkommen der Beklagten sowie die bis April 2017 vom Kläger erzielten Einnahmen sind mangels Rügen der Parteien als solche zu übernehmen, ebenso wie der Bedarf der Beklagten und C.\_\_\_\_\_. Einzugehen ist jedoch auf das hypothetische Einkommen des Klägers sowie einzelne Bestandteile seines Bedarfes und dadurch veranlasst auch die Unterhaltsberechnung. 2. Hypothetisches Einkommen des Klägers

### **E. 2**

Gegen Dispositiv-Ziffer 1 dieses Entscheides erhob der Kläger mit Eingabe vom 22. Dezember 2016 fristgerecht (vgl. act. 7/90/1) Berufung, welche sich gegen die Phasen "August und September 2016" sowie "ab April 2017" richtet (act. 2). Seinem diesbezüglichen Gesuch entsprechend (vgl. act. 2 S. 3) wurde ihm mit Beschluss vom 16. Januar 2017 die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und seine Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt (act. 8). Mit Beschluss vom 21. Februar 2017 wurde sodann auf Antrag des Klägers (vgl. act. 2 S. 3) und nach Einholen einer Stellungnahme der Beklagten hierzu (vgl. act. 8 und act. 10) der Berufung die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 12). Mit demselben Beschluss wurde das Gesuch der Beklagten um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses abgewiesen, ihr allerdings für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und ihre

Rechtsvertreterin als un- entgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Sodann wurde der Beklagten Frist zur Be- antwortung der Berufung angesetzt (act. 12).

### **E. 2.1**

Ein hypothetisches Einkommen kann dann festgelegt werden, wenn des- sen Erzielung tatsächlich möglich und zumutbar ist (BGE 128 III 4 E. 4a; BGE 137 III 118 E. 2.3). Kriterien zur Möglichkeit und Zumutbarkeit sind etwa die berufliche Qualifikation – also die Ausbildung, die Arbeitserfahrung und die bisher ausgeüb- ten Tätigkeiten –, die Arbeitsmarktlage und individuelle Umstände wie Alter, Ge- sundheitszustand, Kinderbetreuungspflichten etc. (BSK ZGB I-Isenring/Kessler,

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz führte diesbezüglich aus, im Jahr vor der Einreichung des Abänderungsbegehrens habe der Kläger monatlich im Durchschnitt Fr. 20'422.– netto verdient. Es sei gerichtsnotorisch, dass Arbeitsstellen mit einem Verdienst von Fr. 20'000.– und mehr auch in der Banken- und Versicherungsbranche nicht häufig seien, zudem sei die allgemeine Stellensituation in dieser Branche schwie- rig. Es dürfte dem Kläger daher nicht leicht fallen, eine neue Stelle in einer ähnli- chen Position mit einem vergleichbaren Einkommen zu finden. Folglich sei ihm eine angemessene Übergangsfrist bis April 2017 einzuräumen, ab dann sei davon auszugehen, dass er wieder Fr. 20'000.– erzielen könne (act. 6 E. IV.2.2). Nach Ansicht des Klägers stellte die Vorinstanz den Sachverhalt falsch fest und über- schritt ihr Ermessen (act. 2 Rz 5 ff.), was die Beklagte bestreitet (act. 14, insb. S. 5). Auf die verschiedenen klägerischen Einwände ist nachfolgend einzugehen.

- 12 -

### **E. 2.3**

Art der Stelle Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz habe weder abgeklärt noch be- gründet, welche konkrete Tätigkeit er ausüben könnte und ob mit dieser über- haupt ein Einkommen von Fr. 20'000.– erzielbar wäre (act. 2 Rz 5). Die Beklagte entgegnet dem, aufgrund der Ausbildung des Klägers als amerikanischer Rechts- anwalt und seinen aktenkundigen Erfahrungen im Bereich des Versicherungs- und Bankenwesens sei klar, welche Tätigkeit er ausüben könne (act. 14 S. 4). Tatsächlich geht aus den erstinstanzlichen Akten, insbesondere aus Ausführun- gen des Klägers selbst und aus von ihm eingereichten Unterlagen, hervor, dass der Kläger sich für Führungspositionen bei Banken und Versicherungen bewirbt und auch jahrelang in derartigen Funktionen tätig war (Prot. VI S. 26 und 51 ff., act. 7/17/13, act. 7/27/ 29-31, act. 7/62/1, act. 7/62/5 und act. 7/62/7-8, ferner act. 7/73 S. 1). Es wurde nie geltend gemacht, dass es ihm unzumutbar oder ge- nerell nicht mehr möglich sei, weiterhin in einer solchen Position zu arbeiten. So- mit ist unbestritten und klar, in welcher Branche und Funktion der Kläger tätig sein könnte. Die Vorinstanz war entgegen seiner Behauptung (vgl. act. 2 Rz 8) nicht verpflichtet, konkrete Stellen aufzuführen, sie umschrieb den möglichen und zu- mutbaren Tätigkeitsbereich wenn auch knapp, so doch ausreichend. Somit ist ab- zuklären, ob der Kläger in einer derartigen Position ein Einkommen von Fr. 20'000.– erzielen könnte.

### **E. 2.4**

Lohnhöhe

#### **E. 2.4.1**

Der Kläger ist der Ansicht, das angerechnete Einkommen sei zu hoch. Die Vorinstanz erläutere nicht, wie es ihm möglich sein solle, nach der Arbeitslosigkeit erneut ein überdurchschnittlich hohes Einkommen von Fr. 20'000.– netto zu verdienen, zumal dies im Widerspruch zu ihren eigenen Ausführungen stehe, wonach derartige Stellen nicht häufig und die Stellensituation schwierig seien (act. 2 Rz 7). Es sei nicht zulässig, alleine gestützt auf die Tatsache, dass er während rund eines Jahres über Fr. 20'000.– monatlich verdient habe, anzunehmen, dass er ein solches Salär wieder erzielen könne, zumal er bis zur Trennung deutlich weniger, nämlich Fr. 13'108.35 pro Monat, verdient habe. Der Verdienst von über Fr. 20'000.– sei in befristeten Stellen erzielt worden. Es liege in der Banken- und - 13 - Versicherungsbranche in der Natur von befristeten Anstellungen, dass die ausbezahlten Löhne höher seien als bei Festanstellungen. Dafür seien die übrigen Konditionen, die sogenannten Fringe Benefits, erheblich schlechter. Den während der temporären Anstellung ausbezahlten Lohn könne er somit in Zukunft als Festangestellter nicht verdienen. Es sei zudem allgemein bekannt, dass man als arbeitsloser Stellensuchender benachteiligt sei und sich in der Regel zu schlechteren Konditionen anstellen lassen müsse als vor der Arbeitslosigkeit (act. 2 Rz 8).

#### **E. 2.4.2**

Nach Meinung der Beklagten hingegen ist aufgrund der in den letzten Jahren erzielten Saläre klar, von welchen Löhnen für die Zukunft ausgegangen werden könne (act. 14 S. 4). Beim Lohn von Fr. 13'108.35 sei zu beachten, dass noch beachtliche Boni hinzugekommen seien (act. 14 S. 4 und 6). In seiner temporären Anstellung bei D. \_\_\_\_\_ AG habe sich das Salär des Klägers oft auf mehr als Fr. 20'000.– netto pro Monat belaufen (act. 14 S. 4 f. und 6). Alleine im Jahr 2015 habe der Kläger netto mehr als Fr. 300'000.– verdient, Fr. 144'373.– bei der E. \_\_\_\_\_ AG von Januar bis April 2015 und Fr. 162'128.– bei D. \_\_\_\_\_ AG für Mai bis Dezember 2015 (act. 14 S. 5). Gestützt auf diese Saläre seien die Überlegungen des Bezirksgerichts nachvollziehbar (act. 14 S. 6).

#### **E. 2.4.3**

Grundlegend zu berücksichtigen ist, dass es sich bei der Frage, welches Einkommen erzielbar ist, um Ermessensausübung der Vorinstanz handelt, in welche nur mit einer gewissen Zurückhaltung bei Vorliegen eindeutiger Anhaltspunkte für ein anderes Ergebnis eingegriffen werden sollte. Die Schwierigkeit der Stellensituation und die Seltenheit von Stellen mit derartiger Entlohnung bedeuten zudem noch nicht, dass es dem Kläger unmöglich ist, eine solche Anstellung zu finden. Vielmehr werden sich diese Umstände auf die dem Kläger zuzubilligende Frist, bis ihm ein hypothetisches Einkommen angerechnet wird, auswirken, weshalb sie in diesem Zusammenhang in die Beurteilung miteinzubeziehen sind (vgl. E. III.2.5 unten). Die Tatsache, dass ein Einkommen von Fr. 20'000.– sehr hoch ist, bedeutet noch nicht, dass ein solches Salär nicht erzielbar ist. Ob dies der Fall ist, ist vielmehr anhand der konkreten Umstände abzuklären.

#### **E. 2.4.4**

Ein nützliches Instrument, um eine realistische Vorstellung von Lohnhöhen zu erhalten, ist das Salarium des Bundesamtes für Statistik ([https://www.gate.bfs.](https://www.gate.bfs.admin.ch/salarium/public/index.html#/start)

- 14 - [admin.ch/salarium/public/index.html#/start](https://www.gate.bfs.admin.ch/salarium/public/index.html#/start)). Für die Parameter "Region Zürich", "Branche Finanzdienstleistungen", "Führungskräfte", "oberes und mittleres Kadern", "42 Wochenstunden" (dies entspricht den Arbeitszeiten gemäss den Verträgen mit der

D.\_\_\_\_\_ AG und der F.\_\_\_\_\_ AG, gemäss denen der Kläger bei der G.\_\_\_\_\_ AG eingesetzt wurde, act. 7/17/13 und act. 7/62/5), "Hochschulabschluss", "Alter 45 Jahre", "0 Dienstjahre", "Unternehmensgrösse über 50 Mitarbeitende" (anhand der bisherigen Bewerbungen und Stellen des Klägers, vgl. act. 7/17/13, act. 7/27/29-31, act. 7/62/1, act. 7/62/5 und act. 7/62/7-8), "12 Monatslöhne" und "Sonderzahlungen" ergibt sich für männliche Ausländer mit der Niederlassungsbewilligung C (vgl. act. 7/5/37 S. 14 und act. 7/62/6) ein durchschnittlicher Monatslohn von Fr. 22'788.–, wobei 25 % weniger als Fr. 19'913.– und 25 % mehr als Fr. 26'035.– verdienen. Bei denselben Parametern mit lediglich auf "Versicherungen, Pensionskassen (ohne Sozialversicherungen)" geänderter Branche resultiert ein Mittelwert von Fr. 22'784.–; 25 % verdienen weniger als Fr. 19'909.– und 25 % mehr als Fr. 26'030.–. Wie die aufgeführten Parameter zeigen, fliessen in diese Erhebungen neben der Arbeitsmarktlage etwa die Ausbildung, die Arbeitserfahrung und das Alter ein, was – auch aufgrund der übrigen, eine detaillierte Bestimmung erlaubenden Kriterien – somit eine aussagekräftige Einschätzung des möglichen Lohns ergibt. Gestützt darauf wäre es dem Kläger folglich sogar möglich, ein höheres als von der Vorinstanz angenommenes Einkommen von rund Fr. 22'800.– zu erzielen.

#### **E. 2.4.5**

Zusätzlich in die Beurteilung miteinzubeziehen sind auch die früheren Saläre des Klägers. Entgegen seiner Ansicht vermögen diese nämlich durchaus Anhaltspunkte für eine Einschätzung zu liefern, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass sie im Gegensatz zum Salarium nur punktuelle Eindrücke von einzelnen Stellen zu vermitteln vermögen. Sie können jedoch aufzeigen, in welchem Bereich der sich aus der Erhebung des Bundesamtes für Statistik ergebenden Bandbreite sich die vom Kläger konkret erzielbaren Einkünfte bewegen.

#### **E. 2.4.6**

Bekannt ist ein Lohn aus einer langjährigen Festanstellung bei der E.\_\_\_\_\_ AG von zuletzt Fr. 13'108.35, wobei hierzu – wie die Beklagte korrekt ausführt – noch die entrichteten Boni hinzuzurechnen sind. Diese beliefen sich im Jahr 2013

- 15 - auf 34'200.– brutto (act. 7/17/5), was nach Abzug der Sozialzulagen von geschätzt 13 % Fr. 2'480.– monatlich ergibt. Im Jahr 2014 betrug der Bonus Fr. 36'360.– brutto (act. 7/27/40 = act. 7/42/10 = act. 7/62/9) und damit netto Fr. 2'636.– monatlich. Schliesslich bezahlte die E.\_\_\_\_\_ AG dem Kläger im Jahr 2015 einen Bonus von brutto Fr. 51'115.– und damit Fr. 3'706.– netto pro Monat sowie Beteiligungsrechte im Wert von Fr. 37'749.–, wobei ein Teil davon als Abgangsschädigung ("Compensation reorg.") zu qualifizieren ist (act. 7/62/4). Da nicht klar ist, welcher Anteil am Bonus nicht im Zusammenhang mit dem Abgang zu sehen ist, wird zugunsten des Klägers der gesamte Betrag (Boni, Beteiligungsrechte) bei der Berechnung des durchschnittlichen Bonus ausser Acht gelassen. Es ergibt sich ein Betrag von Fr. 2'558.–. Folglich ist insgesamt von einem Durchschnittssalar von Fr. 15'666.– auszugehen (Fr. 13'108.35 + Fr. 2'558.–). An seinen temporären Stellen bei der D.\_\_\_\_\_ AG und danach bei der F.\_\_\_\_\_ AG verdiente der Kläger durchschnittlich Fr. 20'513.– im Monat (act. 7/62/2-4). Dass sich das Salär in einzelnen Monaten deutlich darüber befand, ist nicht massgebend; zum Vergleich ist auf den Durchschnittswert abzustellen, in welchem die einzelnen, höheren Löhne mitberücksichtigt sind. Auch dass der Kläger im Jahr 2015 insgesamt Fr. 306'500.– verdiente (act. 7/62/4), ist dadurch zu relativieren, dass er im April 2015 bei seinem

Weggang von der E. \_\_\_\_\_ AG – teilweise als Abgangsschädigung – einen im Vergleich zu den Vorjahren überdurchschnittlich hohen Bonus sowie erheblich mehr Beteiligungsrechte erhielt, was eine Ausnahme darstellte und bei der Ermittlung des normalerweise erzielbaren Lohns folglich nicht berücksichtigt werden darf.

#### **E. 2.4.7**

Die bisherigen, sich zwischen Fr. 15'600.– und Fr. 20'500.– bewegenden Löhne zeigen, dass das vom Kläger Erzielbare sicherlich nicht über dem Durchschnitt der vom Salarium dargestellten Spanne liegt, sondern eher darunter. Ein Einkommen von Fr. 20'000.– liegt aber durchaus im Rahmen, weshalb mangels konkreter Anhaltspunkte, die offen dagegen sprechen, nicht vom Ermessen der Vorinstanz abzuweichen ist. Die Ausführungen des noch nicht 45-jährigen Klägers zur Auswirkung der Arbeitslosigkeit sind im Übrigen pauschale Behauptungen, bei denen unklar ist, ob und wie sie sich konkret auf den erzielbaren Lohn auswirken, sodass sie nicht weiter zu berücksichtigen sind.

- 16 -

#### **E. 2.4.8**

Aufgrund dieses Ergebnisses kann dahingestellt bleiben, ob befristete Stellen besser entlohnt werden als Festanstellungen. Immerhin ist anzumerken, dass der Kläger diese Behauptung anhand den Beispielen seiner bisherigen Stellen, also einer unbefristeten und zwei befristeten, näher erläutert und belegt. Es ist sehr fraglich, ob sich die daraus gewonnenen Erkenntnisse so verallgemeinern lassen, dass sie sich allgemein auf sonstige Stellen übertragen lassen und in einem Abzug vom oben festgestellten möglichen Salär resultieren müssten. Im Übrigen handelt es sich um neue Behauptungen, die jedoch entgegen Art. 317 Abs. 1 ZPO bereits vor Vorinstanz hätten dargelegt werden können, stützen sie sich doch – sofern überhaupt belegt – auf bereits dann eingereichte Beweismittel (vgl. act. 2 Rz 8). Damit könnten sie nicht berücksichtigt werden.

#### **E. 2.5**

Angemessene Übergangsfrist

##### **E. 2.5.1**

Was die Frist betrifft, ab der das hypothetische Einkommen erzielt werden kann, bringt der Kläger vor, eine lediglich dreimonatige Frist sei angesichts der schwierigen allgemeinen Stellensituation in der Banken- und Versicherungsbranche viel zu kurz (act. 2 Rz 6). Er habe bereits während den anderthalb Jahren vor der Arbeitslosigkeit neben seinen befristeten Stellen erfolglos nach einer Festanstellung gesucht (act. 2 Rz 8 und act. 19 Rz 5). Unter anderem, weil er amerikanischer Staatsbürger sei (act. 2 Rz 8 und act. 19 Rz 2), sei es für ihn äusserst schwierig, eine Stelle zu finden (act. 19 Rz 2). Innerhalb der von der Vorinstanz angenommenen Frist sei es unmöglich. Er müsse dafür mit sechs bis zwölf Monaten rechnen (act. 2 Rz 6). In seiner Eingabe vom 17. März 2017 erklärt er sodann, er sei immer noch arbeitslos und habe keine Aussicht auf eine Stelle (act. 19 Rz 1). Bis auf Weiteres bzw. mindestens während der befristeten Dauer der vorsorglichen Massnahmen dürfe in Anbetracht dieser Umstände nicht mit einem hypothetischen Einkommen gerechnet werden, sondern bloss mit der derzeit ausgerichteten Arbeitslosenentschädigung von Fr. 8'995.– (act. 2 Rz 12).

##### **E. 2.5.2**

Aus der Sicht der Beklagten ist es nicht zu beanstanden, dass dem Kläger bereits ab April 2017 ein hypothetisches Einkommen angerechnet werde. Es gebe für ihn durchaus passende Stellen auf dem Arbeitsmarkt; er sei für konkrete Stellen offenbar auch schon in die nähere Auswahl gekommen, sodass es gut mög-

- 17 - lich sei, dass er bis zum 1. April 2017 eine Stelle gefunden habe (act. 14 S. 3 f.). Zudem wisse er nicht erst seit Herbst 2016, dass er eine neue feste Stelle suchen müsse, sondern bereits seit dem Verlust seiner Stelle bei der E.\_\_\_\_\_ AG, zumal er danach nur vorübergehende Anstellungen gefunden habe (act. 14 S. 3 und 5 f.). Die Zeit, die ihm für die Stellensuche zu gewähren sei, dürfe damit nicht erst ab dem Moment des Entscheides der Vorinstanz berechnet werden, sondern vielmehr ab dem Zeitpunkt, seit dem der Kläger wisse, dass er über eine neue, adäquate Stelle verfügen müsse (act. 14 S. 5 f.). Es sei nicht richtig, längerfristig von Einnahmen von nur Fr. 8'995.– auszugehen, zumal das Scheidungsverfahren noch lange dauern könne (act. 14 S. 9).

### **E. 2.5.3**

Bei der Festlegung der angemessenen Übergangszeit sind sämtliche Umstände in Betracht zu ziehen. Auszugehen ist von der aktuell bestehenden allgemeinen Schwierigkeit bei der Stellensuche in der Banken- und Versicherungsbranche, welche bereits die Vorinstanz aufführte und die dem Entscheid zugrunde zu legen ist (vgl. act. 7/74/3-4, ferner auch act. 19 Rz 2 und act. 20/4-5). Massgebend ist allerdings die konkret für den Kläger bestehende Situation. Unbestritten ist er seit Oktober 2016 arbeitslos, beim RAV angemeldet und folglich spätestens seit dann nachweislich intensiv auf Stellensuche (vgl. act. 7/62/6, vgl. auch act. 4/7-8 und act. 20/6-8). In den vergangenen sieben Monaten fand er jedoch keine Arbeit. Dass er auch noch keine Stelle in Aussicht hat, ist glaubhaft gemacht, würde ihn das RAV doch andernfalls nicht weiterhin zu Kursen anmelden (vgl. act. 19 Rz 1 und act. 20/3). Es scheint zwar – wie auch die Beklagte geltend macht – durchaus passende Stellen zu geben, auf die sich der Kläger bewarb, doch wurde er bisher für keine berücksichtigt (vgl. act. 19 Rz 3). Neben der allgemein bestehenden schwierigeren Stellensituation in den fraglichen Branchen wird beim Kläger erschwerend sein, dass er fremdsprachig ist (vgl. auch act. 20/3). Der von ihm aufgeführte Inländervorrang (vgl. act. 2 Rz 8) galt für ihn als amerikanischen Staatsbürger früher, wird nun allerdings dadurch, dass er über eine Niederlassungsbewilligung verfügt und damit als inländischer Arbeitnehmer gilt, entschärft (vgl. Art. 21 Abs. 2 lit. b AuG). Im Übrigen ist zu beachten, dass der Kläger bereits seit Mai 2015 nach einer unbefristeten Stelle sucht (vgl. act. 7/65 Rz 3, act. 7/27/29-31 und act. 7/62/7-8), wobei davon auszugehen ist, dass die

- 18 - Suche naturgemäss während der Anschlusszeit, in welcher er immerhin noch über eine befristete Anstellung verfügte, etwas weniger intensiv war. Es ist damit erwiesen, dass es trotz intensiver Suche tatsächlich nicht leicht für ihn ist, eine Stelle zu finden, und dass mit einer längeren Zeit hierfür gerechnet werden muss.

### **E. 2.5.4**

Das klägerische Vorbringen und der dazugehörige Beleg, dass er mindestens mit sechs bis zwölf Monaten Suchbemühungen rechnen müsse, kann aber nicht berücksichtigt werden, wurde es doch erst im Berufungsverfahren vorgebracht, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. Zwar datiert das eingereichte E-Mail vom 21. Dezember 2016 und somit nach Ergehen des angefochtenen Entscheides (act. 4/2). Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens und damit auch das Festlegen einer

angemessenen Übergangsfrist waren jedoch bereits im erstinstanzlichen Verfahren ein Thema, sodass der Kläger die entsprechende Abklärung früher hätte vornehmen und rechtzeitig in den Prozess hätte einführen können.

#### **E. 2.5.5**

Die Ansicht der Beklagten, wonach die Übergangsfrist nicht erst ab dem Entscheiddatum der angefochtenen Verfügung berechnet werden dürfe, trifft zu. Die Beklagte machte anlässlich der Verhandlung vom 20. September 2016 geltend, dass dem Kläger ein hypothetisches Einkommen von Fr. 20'000.– anzurechnen sei (Prot. VI S. 36, vgl. auch act. 7/41). Folglich musste er mindestens ab diesem Zeitpunkt damit rechnen, dass ein solches festgesetzt werden könnte. Auch das Einlegen eines Rechtsmittels ändert nichts daran, dass mit dem Festsetzen eines hypothetischen Einkommens gerechnet werden muss. Selbst der Kläger bestreitet dies nicht, sondern lediglich dessen Höhe und die Dauer der Übergangsfrist. Der Anfangszeitpunkt der Übergangsfrist ist nach dem Gesagten im Oktober 2016 festzulegen.

#### **E. 2.5.6**

Zusammenfassend ist die angemessene Übergangsfrist auf zehn Monate, mithin bis Ende Juli 2017, anzusetzen. Bis dahin ist weiterhin mit den während der Arbeitslosigkeit monatlich entrichteten Taggeldern der Arbeitslosenversicherung von Fr. 8'995.– zu rechnen.

- 19 -

### **E. 2.6**

Stellenprocente

#### **E. 2.6.1**

Der Kläger macht schliesslich geltend, obwohl er die Tochter ebenfalls zu 50 % betreue, werde ihm ein Einkommen von 100 % angerechnet, der Beklagten hingegen lediglich ein solches von 60 %. Dies verstosse gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung (act. 2 Rz 9). Er habe bis zu seiner Arbeitslosigkeit im September 2016 nur freiwillig zu 100 % weitergearbeitet, um seine erheblichen Schulden abzahlen und Beteiligungen abwickeln zu können (act. 2 Rz 10, act. 19 Rz 9). Daher sei ein 100 %iges Einkommen nur vorübergehend anzurechnen, solange die Abzahlung der Schulden im Bedarf berücksichtigt werde. Sobald als möglich wolle er weniger arbeiten (act. 2 Rz 10). Es könne nicht ernsthaft davon ausgegangen werden, dass erwartet worden sei, dass der Kläger bei gleichwertiger Mitbetreuung von C.\_\_\_\_\_ langfristig immer zu 100 % weiterarbeiten würde, die Beklagte dagegen nie mehr als 50 % bis 60 % (act. 19 Rz 9).

#### **E. 2.6.2**

Nach Ansicht der Beklagten habe der Kläger bis anhin nicht geltend gemacht, dass er sein Arbeitspensum reduzieren wolle, sodass er der Vorinstanz auch nicht vorwerfen könne, dass sie von einem 100 % Pensum ausgegangen sei (act. 14 S. 7). Auch seien die Parteien bisher nie davon ausgegangen, dass der Kläger weniger als 100 % oder die Beklagte mehr als 50 % bis 60 % arbeiten würde. Der Kläger habe stets geltend gemacht, dass er seinen vollen beruflichen Einsatz mit der von ihm gewünschten Mitbetreuung von C.\_\_\_\_\_ vereinbaren könne. Sie bestreite daher, dass er "freiwillig zu 100 % weitergearbeitet" habe. Zudem könnten die Parteien ihren Bedarf nicht mehr decken, wenn der Kläger sein

Arbeitspensum reduzieren würde, könne die Beklagte doch trotz grosser Anstrengung nicht mehr als Fr. 2'500.– erzielen und hätten beide Parteien erhebliche Schulden (act. 14 S. 8).

### **E. 2.6.3**

Das Bundesgericht entschied in einem ähnlich gelagerten Fall, dass die Anordnung der alternierenden Obhut bei 100 %iger Erwerbstätigkeit des einen Ehegatten und 60 %iger Tätigkeit des anderen nicht zu beanstanden sei, wenn die gelebte Lösung vom voll erwerbstätigen Ehegatten angestrebt worden sei und auch nicht geändert werden wolle bzw. zumindest nicht vorgebracht werde, dass die Doppelaufgabe Arbeit/Betreuung nicht mehr zuzumuten sei, sodass entweder

- 20 - das eine oder das andere reduziert werden müsse (BGer 5A\_1017/2014 vom 12. Mai 2015 E. 3.3).

### **E. 2.6.4**

Im Eheschutzverfahren kam es bezüglich der Betreuung von C.\_\_\_\_\_ zu einer Vereinbarung der Parteien, die ein ausgeweitetes Besuchsrecht für den Kläger vorsah, was entsprechend im Eheschutzentscheid vom 20. März 2014 angeordnet wurde (act. 7/5/20; act. 7/5/37). Bereits damals war gemäss den Parteien die Betreuung wenn auch nicht hälftig, so doch zeitlich flexibel und seitens des Klägers öfter als bloss an den Wochenenden übernommen worden (vgl. act. 7/5 Prot. S. 19 f. und 27). Der Kläger arbeitete zu 100 % (act. 7/5/1 S. 2, act. 7/5/15 S. 4, act. 7/5/23 S. 9 ff. und act. 7/5/29 S. 4) und machte nicht geltend, sein Arbeitspensum reduzieren zu wollen (vgl. act. 7/5/16, act. 7/5/23 und act. 7/5/35). Später wurde das Besuchsrecht ausgeweitet, sodass es zur heute gelebten hälftigen Betreuung durch die Parteien kam (vgl. sogleich E. III.2.6.5 unten). Es bestand somit während längerer Zeit die Situation, dass der Kläger eine Vollzeitstelle inne hatte und daneben die Tochter zur Hälfte betreute. Wie die Beklagte richtig ausführt, brachte der Kläger auch vor der Vorinstanz nicht vor, sein Pensum reduzieren zu wollen bzw. dass er angesichts der Kinderbetreuung zu viel arbeite (vgl. Prot. VI S. 33 ff., 41, 51 ff. und 58, act. 7/65 sowie act. 7/73). Selbst jetzt bringt er nicht vor, dass ihm die aktuelle Situation unzumutbar wäre. Vor diesem Hintergrund ist gegen die Anrechnung eines bei vollem Arbeitspensum erzielten Lohns nichts einzuwenden.

### **E. 2.6.5**

Ohnehin ist es so, dass C.\_\_\_\_\_ von Montag bis Donnerstag – in der Schule oder anderweitig – jeweils ganztägig fremdbetreut wird (act. 7/13/6, act. 7/17/27 und act. 7/30/15-16). Im erstinstanzlichen Verfahren gab der Kläger an, C.\_\_\_\_\_ jeweils in der ersten Wochenhälfte und jedes zweite Wochenende verlängert zu betreuen (act. 7/65 Rz 6), was nicht bestritten wurde und der Teilvereinbarung im Scheidungsverfahren entspricht, wonach C.\_\_\_\_\_ von Montag- bis Mittwochmorgen und jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Montagmorgen vom Kläger betreut wird (act. 7/21). Folglich ist es dem Kläger ohne Weiteres möglich und auch zumutbar, zu 100 % zu arbeiten und daneben seine Tochter an den vereinbarten Tagen zu betreuen. Sie ist fremdbetreut, während er

- 21 - arbeiten muss. Es würde sich allenfalls die Frage stellen, ob der Beklagten ein höheres Pensum, etwa ein 80 %iges, zumutbar wäre, ist C.\_\_\_\_\_ doch lediglich am Freitag nicht fremdbetreut. Allerdings ist zu beachten, dass die Kinderbetreuung nicht das einzige Kriterium war, welches die Vorinstanz zum Entschluss gelangen liess, der Beklagten ein

60 %iges Einkommen anzurechnen – so wurde etwa berücksichtigt, dass der Kläger kein grösseres Erwerbsspensum verlangt hatte (vgl. act. 6 E. IV.1.3). Im Rechtsmittelverfahren ist das Pensum der Beklagten sodann nicht mehr umstritten. Von einer Ungleichbehandlung der Parteien kann folglich nicht gesprochen werden. In Betracht zu ziehen ist im Übrigen auch, dass der Kläger selbst ausführt, er könne sich nicht auf Teilzeitstellen bewerben, da er sonst nicht als Kandidat in Betracht gezogen werde. Erst in einem späteren Zeitpunkt, mithin nach einer Einarbeitungsphase, könne er das Thema angehen (act. 2 Rz 11). Auch dies spricht gegen die Anrechnung eines reduzierten Einkommens.

### **E. 2.7**

Fazit Zusammenfassend ist nicht zu beanstanden, dass davon ausgegangen wird, dass der Kläger eine Vollzeitstelle antreten und dabei hypothetisch Fr. 20'000.– erzielen können wird. Lediglich die Übergangsfrist, bis ihm diese Einkünfte angerechnet werden, ist auf Ende Juli 2017 festzusetzen. 3. Umstrittene Bedarfspositionen

### **E. 3**

Die Berufungsantwort vom 6. März 2016 ging fristgerecht ein (act. 13/2; act. 14), worauf sie dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (act. 16). Dieser liess sich mit Eingabe vom 17. März 2016 erneut vernehmen (act. 19), welche ihrerseits der Beklagten zugestellt wurde (act. 21).

- 6 -

### **E. 3.1**

Der Beklagten bzw. deren Rechtsvertreterin ist sodann gestützt auf § 4 Abs. 1 und 3, § 9, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 AnwGebV eine im Verhältnis des Unterliegens auf 4/5 reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'120.– zuzüglich Fr. 250.– (8 % Mehrwertsteuer), gesamthaft somit Fr. 3'370.– zuzusprechen (vgl. BGER 5A\_754/2013 vom 4. Februar 2014 E. 5; BK ZPO-Bühler, Art. 122 N 59 m.w.H.; ZK ZPO-Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 122 N 12). Diese ist grundsätzlich trotz der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege vom Kläger selbst zu bezahlen (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO).

#### **E. 3.1.1**

Wie die Vorinstanz richtig erwähnte (vgl. act. 6 E. IV.4.12), sind in den familienrechtlichen Grundbedarf regelmässig abbezahlte Schulden aufzunehmen, die für die Bestreitung des gemeinsamen Lebensunterhaltes der Ehegatten anfallen (BGE 127 III 289 E. 2.a.bb; FamKomm Scheidung/Vetterli, 2. Aufl. 2011, Art. 176 N 33).

#### **E. 3.1.2**

Die Vorinstanz rechnete weder dem Kläger noch der Beklagten Beträge für die Schuldentilgung an. Es gelänge dem Kläger nicht, glaubhaft zu machen, dass es sich beim von ihm vorgebrachten Cashgate-Darlehen um dieselbe Schuld

- 22 - handle wie den im Eheschutzentscheid mit monatlichen Abzahlungsraten von Fr. 1'537.20 berücksichtigten Kredit bei der Migros Bank. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb sich die für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommenen Schulden deutlich erhöht haben sollen. Es hätte dem Kläger vielmehr möglich sein müssen, vom 1. Mai 2013 bis zur Einreichung des Massnahmebegehrens im Juli 2016 einen Betrag von Fr. 58'406.– an das Kreditunternehmen zu leisten, was zu einer beträchtlichen Reduktion der ursprünglichen Fr. 80'000.– hätte führen müssen. Ratenzahlungen für klägerische Anwalts-

oder trennungsbedingte Schulden seien nicht anrechenbar. Zudem habe keine der Parteien glaubhaft darlegen können, dass sie derzeit Schuldrückzahlungen für effektiv eheliche Schulden vornehme. Sie seien daher betreffend ihre Schulden auf ihren jeweiligen Freibetragsanteil zu verweisen (act. 6 E. IV.4.12).

### **E. 3.1.3**

Der Kläger bemängelt dies (act. 2 Rz 13). Er habe belegt, dass seit Oktober 2014 bzw. während laufendem Verfahren erhebliche Schulden für Anwalts honorare und Steuern in der Schweiz und den USA aufgelaufen seien, welche er abzahlen müsse. Dies erkläre, weshalb er seine Schulden nicht habe tilgen können (act. 2 Rz 14). Sodann legt der Kläger detailliert dar, wie er den ursprünglichen Kredit bei der Migros Bank in den Cashgate-Kredit umgewandelt habe (act. 2 Rz 15). Er ist der Ansicht, dass mindestens die Anwaltskosten als trennungsbedingte Mehrkosten im Bedarf zu berücksichtigen seien, weshalb ihm zumindest die Raten des Cashgate-Kredits in der Höhe von Fr. 2'010.– monatlich anzurechnen seien (act. 2 Rz 16).

### **E. 3.1.4**

Die Beklagte hält dem entgegen, die Nichtberücksichtigung der Schulden sei nicht zu beanstanden (act. 14 S. 9 und 13). Die Schuldensituation des Klägers sei undurchsichtig (act. 14 S. 9). Angesichts des ihm früher für die Kredittilgung angerechneten Betrages, des erheblichen Freibetrages und des nicht zu teilenden Bonus' des Jahres 2012 sei es unverständlich, welche Schulden ihn noch immer belasten sollen (act. 14 S. 10 und 13). Aufgrund der knappen Verhältnisse müsse zuerst der Unterhaltsbedarf von Frau und Kind gedeckt werden, bevor Schulden abbezahlt werden könnten. Die Parteien seien zudem hinsichtlich der Schulden gleich zu behandeln (act. 14 S. 13).

- 23 -

### **E. 3.1.5**

Ausgangspunkt sind die im Urteil vom 20. März 2014 berücksichtigten Raten von Fr. 1'537.– für die Schuldentilgung, bei denen davon auszugehen ist, dass es sich um eheliche Schulden handelt. Aufgrund der Umschuldung durch den Kläger ist nicht klar – wie die Vorinstanz korrekt feststellte – ob es sich bei den neuen Krediten noch um die ehelichen Schulden handelte, zumal der Kläger selbst ausführte, dass seit der Trennung noch weitere – nicht eheliche bzw. nicht gemeinsame – Schulden hinzukamen und diese in die Umschuldung miteingezogen wurden (vgl. act. 7/65 N 10 sowie Prot. VI S. 55). Erst im Berufungsverfahren erläuterte der Kläger die Umschuldungen konkreter, was aber nicht weiter beachtlich ist, da die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind. Es bleibt die Unklarheit. Zudem geht aus den Ausführungen des Klägers hervor, dass die Umschuldung und Aufnahme höherer Kredite teilweise der Abzahlung der Anwalts- und der während des Verfahrens – mithin nach der Trennung – aufgelaufenen Steuerschulden gedient habe (vgl. act. 2 Rz 15 i.V.m. 14, vgl. auch Prot. VI S. 55). Damit gesteht der Kläger selbst ein, dass es sich nicht um für den gemeinsamen Lebensunterhalt der Ehegatten aufgenommene Schulden handelt. Es ist somit klar, dass sich nicht die ehelichen Schulden erhöht haben, sondern dass vielmehr neue, nicht anrechenbare Schulden hinzugekommen sind. Durchaus wahrscheinlich ist, dass in den heute bestehenden Krediten noch eheliche Schulden vorhanden sind, zumal selbst nach der Rechnung der Vorinstanz bis zum Urteilszeitpunkt noch nicht alle Raten à Fr. 1'537.– hätten getilgt werden können. Allerdings ist weder klar, wie hoch der entsprechende Anteil ist, noch,

welche Anteile der aktuellen Abzahlungsraten auf die ehelichen Schulden fallen. Im Übrigen rügt der Kläger die vorinstanzliche Feststellung, er habe nicht glaubhaft gemacht, dass er regelmässig Schuldenabzahlungen vornehme, nicht substantiiert (vgl. act. 2 Rz 23, ferner auch E. III.4.2.7 unten). Aus allen diesen Gründen können im klägerischen Bedarf keine Raten zur Schuldentilgung berücksichtigt werden.

### **E. 3.1.6**

Die Ausführungen der Beklagten zu den Schulden auf ihrer Seite (vgl. act. 14 S. 11 ff.) sind sodann nicht weiter beachtlich, hat sie doch keine Berufung eingelegt und bringt sie auch nicht vor, dass ihre Schulden in ihrem Bedarf zu berücksichtigen seien. Ohnehin würden es sich um (persönliche) Studiendarlehen,

- 24 - seit der Trennung entstandene Schulden und Anwaltskosten handeln (act. 14 S. 11 ff.), welche nicht anrechenbar wären. Dass sie regelmässig Schulden abzahle, verneint sie sodann ausdrücklich (vgl. act. 14 S. 12), was ebenfalls gegen eine Berücksichtigung spricht.

### **E. 3.2**

Allerdings sieht Art. 122 Abs. 2 ZPO vor, dass bei Obsiegen einer unentgeltlich prozessführenden Partei deren unentgeltlicher Rechtsbeistand vom Kanton angemessen zu entschädigen ist, wenn die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist, wobei der Anspruch mit

- 32 - der Zahlung auf den Kanton übergeht. Uneinbringlichkeit liegt vor, wenn die Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei unsicher ist oder diese nicht erfolgreich belangt werden kann (BGE 122 I 322 E. 3d; BGer 5A\_849/2008 vom 9. Februar 2009 E. 2.2.2). Dies ist in der Regel der Fall, wenn der kostenpflichtigen Gegenpartei ihrerseits die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde (BGE 122 I 322 E. 3d; BGer 5A\_849/2008 vom 9. Februar 2009 E. 2.2.2; BK ZPO- Bühler, Art. 122 N 67). Wenn die Uneinbringlichkeit bereits feststeht, kann es sich rechtfertigen, die Entschädigung des Anwalts direkt im Urteil festzulegen (BGE 122 I 322 E. 3d; BGer 5A\_849/2008 vom 9. Februar 2009 E. 2.2.2). Da vorliegend die Parteientschädigung beim Kläger aufgrund der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege als uneinbringlich anzusehen ist, zumal seine Zahlungsfähigkeit ohne Weiteres als unsicher gelten kann, ist die Rechtsvertreterin der Beklagten in der Höhe der ihr zugesprochenen Parteientschädigung direkt aus der Gerichtskasse zu entschädigen, wobei der Anspruch damit auf diese übergeht. Die Nachzahlungspflicht des Klägers ist vorbehalten (Art. 123 ZPO). Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung werden der dritte und vierte Spiegelstrich von Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichtes (3. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Dezember 2016 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: "1. (...): "(...): – (...); – (...); – CHF 2'410.– ab 1. November 2016 bis und mit 31. Juli 2017; – CHF 6'830.– ab 1. August 2017. (...)."

- 33 - Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichtes (3. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Dezember 2016 bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'100.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 9/10 dem Kläger und zu 1/10 der Beklagten auferlegt, jedoch zufolge der beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen. 4. Der Kläger wird verpflichtet, Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_ für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte

Parteientschädigung von Fr. 3'370.– (inkl. 8% MwSt) zu bezahlen.

### **E. 3.2.1**

Die Vorinstanz rechnete den Parteien je einen geschätzten Betrag für die laufenden Steuern in der Schweiz an, allerdings nur in den Phasen, in denen kein Manko besteht. Hinsichtlich den amerikanischen Steuern erwog sie, es sei keiner Partei gelungen, deren effektive Höhe in der relevanten Periode glaubhaft zu machen, weshalb sie auf ihre Freibeträge zu verweisen seien (act. 6 E. IV.4.13).

### **E. 3.2.2**

Der Kläger beanstandet die ihm für die in der Schweiz zu bezahlenden Steuern angerechneten Beträge nicht, ebenso wenig wendet er etwas gegen die – korrekte – Erwägung ein, dass Steuern bei Mankofällen nicht zu berücksichtigen seien. Er macht jedoch geltend, auch die laufenden US-amerikanischen Steuern seien in seinem Bedarf zu berücksichtigen, sofern kein Mankofall vorliege. Gegebenenfalls seien sie analog zu den Schweizer Steuern in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens zu schätzen (act. 2 Rz 17). Er habe alle Unterlagen geliefert, die dies ermöglichen würde. Daraus errechne sich eine steuerliche Belastung von umgerechnet Fr. 27'203.52 zuzüglich Steuerberatung. Dies ergebe mindestens Fr. 1'100.– monatlich (act. 2 Rz 18).

### **E. 3.2.3**

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die in den USA geschuldeten Steuern würden nicht in den Bedarf des Klägers gehören, solange ihr Bedarf nicht gedeckt sei. Wenn, dann seien auch die von ihr geschuldeten amerikanischen Steuern, die Fr. 3'000.– jährlich betragen würden, in ihrem Bedarf zu berücksichtigen (act. 14 S. 13).

### **E. 3.2.4**

Betrachtet man die vom Kläger vor der Vorinstanz vorgebrachten Ausführungen und die eingereichten Belege, wird ersichtlich, dass es aufgrund diverser Unklarheiten entgegen seiner Behauptung nicht möglich ist, eine zuverlässige Schätzung vorzunehmen. So machte der Kläger einen monatlichen Betrag von

- 25 - Fr. 1'000.– für die US-Steuern geltend (act. 7/65 Rz 5), brachte aber gleichzeitig auch vor, er bezahle in den USA etwa denselben Betrag, den er auch in der Schweiz schulde (Prot. VI S. 56) – was gemäss dem angefochtenen, in diesem Punkt aber nicht bestrittenen Entscheid Fr. 2'000.– bzw. Fr. 2'200.– pro Monat entspricht (act. 6 E. IV.4.13). Der Kläger reichte sodann Unterlagen ein, welche für das Jahr 2013 Steuern von USD 3'343.– (act. 7/17/12 und act. 7/62/24) und für das Jahr 2014 Steuern von USD 10'292.– ausweisen (act. 7/27/33). Sodann finden sich Belege für Zahlungen an einen Steuerberater in den Akten (act. 7/62/23-24) und schliesslich eine mutmasslich vom Kläger zusammengestellte Auflistung der in den Jahren 2012 bis 2014 geschuldeten oder bezahlten Steuern, was sich auf einen Gesamtbetrag von Fr. 27'203.52 beläuft, sowie der dem Steuerberater bezahlten Beträge über insgesamt Fr. 24'355.05 (act. 7/66/27). Abgesehen davon, dass es sich bei letzterem um eine blosser Parteibehauptung handelt, kann nicht mit dem Gesamtbetrag für mehrere Jahre gerechnet werden, um die laufenden Steuern zu ermitteln. Auch die in den Jahren 2013 und 2014 geschuldeten Beträge helfen nicht weiter, ist doch der Betrag des Jahres 2014 bei gleichem Einkommen des Klägers mehr als dreimal so hoch wie der des Vorjahres. Der Kläger sei daran erinnert, dass die Parteien trotz der Geltung der Untersuchungsmaxime (vgl. E. II.3 oben) nicht davon entbunden sind, im Sinne einer

prozessualen Obliegenheit bei der Feststellung des Sachverhalts aktiv mitzuwirken (ZK ZPO-Sutter-Somm/Hostettler, 3. Aufl. 2016, Art. 272 N 11 m.w.H.) Die Sammlung des entscheiderelevanten Prozessstoffes obliegt den Parteien. Dies gilt umso mehr, wenn – wie vorliegend – die soziale Untersuchungsmaxime gilt, die weniger der umfassenden Wahrheitsfindung als vielmehr der Unterstützung der schwächeren Partei dient (BGer 5A\_2/2013 vom 6. März 2013 E. 4.2; ZK ZPO-Sutter-Somm/Hostettler, 3. Aufl. 2016, Art. 272 N 12). Sind beide Parteien anwaltlich vertreten, hat sich das Gericht bei der Sachverhaltsfeststellung wie im ordentlichen Prozess ohnehin zurückzuhalten (ZK ZPO-Sutter-Somm/Hostettler, 3. Aufl. 2016, Art. 272 N 14). Entsprechend sind die Erwägungen der Vorinstanz nicht zu bestanden und es ist dem Kläger kein Betrag für die in den USA bezahlten Steuern anzurechnen.

- 26 -

### **E. 3.2.5**

Da die Beklagte ihrerseits keine Berufung einlegte, können ihr grundsätzlich auch keine zusätzlichen Bedarfpositionen angerechnet werden. Ohnehin ist auch aus ihren Vorbringen und Belegen nicht abschätzbar, was sie effektiv unter dem Titel amerikanische Steuerschulden zu bezahlen hätte (vgl. Prot. VI S. 32 und 48 f., act. 7/51, act. 7/34/14 und act. 7/52/8). 4. Unterhaltsberechnung

### **E. 4**

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-92). Das Einholen weiterer Stellungnahmen ist nicht erforderlich, das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen. II. Prozessuale Vorbemerkungen

#### **E. 4.1**

Rechnungsfehler

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

Gemäss dem Kläger sei der Vorinstanz bei den Phasen August und September 2016 sowie ab April 2017 ein offensichtlicher Rechnungsfehler unterlaufen. In der Phase August und September 2016 betrage der Anteil Freibetrag Fr. 3'643.50 (act. 2 Rz 20) anstatt der von der Vorinstanz angenommenen Fr. 3'743.50 (act. 6 E. IV.6). Dies trifft zu ([Fr. 20'422.– + Fr. 1'000.– - Fr. 6'909.– - Fr. 7'226.–] / 2). Damit beliefe sich der Unterhaltsbeitrag aber nicht auf die vom Kläger geltend gemachten Fr. 9'352.70 (vgl. act. 2 Rz 20), sondern vielmehr auf Fr. 9'552.50 (Fr. 20'422.– - Fr. 7'226.– - Fr. 3'643.50 bzw. Fr. 6'909.– + Fr. 3'643.50 - Fr. 1'000.–) und somit Fr. 100.– mehr als die Vorinstanz errechnete (act. 6 E. IV.6). Dasselbe gilt bei der Phase ab April 2017 bzw. neu ab August 2017: Der Freibetrag beläuft sich auf Fr. 4'088.– ([Fr. 20'000.– + Fr. 2'500.– - Fr. 7'185.– + Fr. 7'139.–] / 2; act. 2 Rz 20), woraus ein Unterhaltsbeitrag von Fr. 8'727.– resultiert (Fr. 20'000.– - Fr. 7'185.– - Fr. 4'088.– bzw. Fr. 7'139.– + Fr. 4'088.– - Fr. 2'500.–) und nicht Fr. 8'627.– wie die Vorinstanz errechnete (act. 6 E. IV.6) oder Fr. 8'527.– wie der Kläger vorbringt (act. 2 Rz 20).

##### **E. 4.1.2**

Nach Abzug der Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'800.– (vgl. act. 6 E. IV.6 sowie E. II.1.3 oben) würden somit gerundete Unterhaltsbeiträge für die Beklagte persönlich von Fr. 7'750.– für die Phase August und September 2016 und Fr. 6'930.– für die Periode ab April

2017 bzw. neu August 2017 resultieren. Damit würde jedoch der angefochtene Entscheid zu Ungunsten des Klägers ab- geändert werden, was aufgrund des Verbotes der reformatio in peius unzulässig ist, da nur er ein Rechtsmittel ergriff. Daran ändert auch nichts, dass die Beklagte damit einverstanden ist, einen allfälligen Berechnungsfehler zu korrigieren (vgl. - 27 - act. 14 S. 14 und 15). Folglich hat es – zumal an den Einkommens- und Bedarfszahlen nichts zu ändern ist (vgl. E. III.1.4, III.2.7, III.3.1.5 und III.3.2.4 oben) – bei den von der Vorinstanz berechneten Beträgen zu bleiben.

## **E. 4.2**

### Berechnungsmethode

#### **E. 4.2.1**

Das Gesetz schreibt dem Sachrichter keine bestimmte Methode zur Berechnung der Unterhaltsbeträge vor (BGE 140 III 485 E. 3.3; BGer 5A\_589/2009 vom 24. November 2009 E. 2.3). Dieser genießt im Rahmen des grossen Ermessens bei der Unterhaltsfestsetzung denn auch relativ weitreichende Freiheiten in der Gewichtung der relevanten Kriterien. Immerhin muss er sich zur angewandten Methode äussern und diese begründen (BGer 5A\_589/2009 vom 24. November 2009 E. 2.3). Ausgangspunkt ist der gebührende Unterhalt der unterhaltsberechtigten Person, also dem in der Ehe zuletzt bis zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes gelebten Standard, auf den sie bei genügenden Mitteln Anspruch hat und der gleichzeitig die Obergrenze des Unterhaltsanspruchs darstellt (BGE 140 III 485 E. 3.3; BGE 137 III 102 E. 4.2.1.1; BGer 5P.6/2004 vom 12. März 2004 E. 3.1). Folglich ist der Bedarf grundsätzlich (einstufig) konkret zu berechnen. Allerdings ergibt auch die Methode der Existenzminimumberechnung mit (allfälliger) Überschussverteilung, die sogenannte zweistufige Methode, zulässige Ergebnisse, wenn die Ehegatten – allenfalls trotz guter finanzieller Verhältnisse – nichts angespart haben, die bisherige Sparquote durch die trennungsbedingten Mehrkosten aufgebraucht wird (BGE 140 III 485 E. 3.3; BGE 137 III 102 E. 4.2.1.1) oder wenn sich der zuletzt gelebte Lebensstandard nicht zuverlässig ermitteln lässt (BGer 5A\_425/2015 vom 5. Oktober 2015 E. 3.4; BGer 5A\_267/2014 vom 15. September 2014 E. 5.1). Zur Sparquote gehören vermögensbildende Auslagen wie etwa das Äufnen einer dritten Säule oder die Tilgung von Schulden, so beispielsweise die Amortisation von Hypothekarkrediten, nicht hingegen Auslagen, die auf den Verbrauch ausgerichtet sind wie zum Beispiel Rückstellungen für konkrete Anschaffungen oder Ausgaben (Arndt/Langner, Neure Entwicklungen im Recht des nahehelichen Unterhalts in guten finanziellen Verhältnissen, in: Bächler/Schwenzer [Hrsg.], Achte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2016, S. 177 ff., S. 185 f.). Einmalige Auslagen sind hingegen - 28 - zur Sparquote zu rechnen, da sie künftig nicht mehr anfallen (Arndt/Langner, a.a.O., S. 188 f.). Grundsätzlich trägt der Unterhaltsschuldner, der eine Sparquote behauptet, dafür die Behauptungs- und Beweislast – bei Anwendung der Untersuchungsmaxime trifft ihn immerhin eine Mitwirkungspflicht, weshalb er die Sparquote behaupten, beziffern und soweit möglich belegen muss (BGE 140 III 485 E. 3.3).

#### **E. 4.2.2**

Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, die zweistufige Berechnung sei nicht angemessen, vielmehr sei einstufig zu rechnen (act. 2 Rz 13, 17 und 24). Bei Annahme eines klägerischen Einkommens von Fr. 20'000.– hätten die Parteien mit Sicherheit eine

erhebliche Sparquote. So würden beide in ihrem Bedarf Beiträge für die Schuldentilgung und Einzahlungen in eine Lebensversicherung bzw. 3. Säule geltend machen, was der Vermögensbildung diene (act. 2 Rz 22).

#### **E. 4.2.3**

Die Beklagte merkt hierzu an, dass das schweizerische Recht dem Gericht keine bestimmte Berechnungsmethode vorschreibe. Die Ausführungen über die Sparquote seien nicht nachvollziehbar; bei Schuldentilgungen würden die Parteien nichts ansparen (act. 14 S. 14).

#### **E. 4.2.4**

In einem Abänderungsverfahren ist die Berechnungsmethode, die im vorangehenden Verfahren angewandt wurde – dies ist vorliegend die zweistufige Methode (act. 7/5/37 E. II.F.5) –, der Ausgangspunkt. Zu prüfen ist jedoch, ob diese immer noch, d.h. auch nach der Änderung der Verhältnisse, angemessen ist. Gerade bei starken Einkommenssteigerungen wie den Vorliegenden ist es durchaus denkbar, dass sich Sparquoten bildeten, sodass eine Änderung der Methode in Betracht zu ziehen wäre.

#### **E. 4.2.5**

Die einstufige Methode kommt zwar in der Regel bei sehr hohen Einkünften zur Anwendung. Massgebend ist jedoch wie ausgeführt vor allem, ob nach der Trennung auch nach der Deckung des gebührenden Unterhalts der Parteien noch weitere finanzielle Mittel vorhanden sind, sodass ein Sparbetrag besteht. Es ist also erforderlich, den ehelichen Lebensstandard vor der Trennung zu kennen.

- 29 -

#### **E. 4.2.6**

Im Eheschutzurteil vom 20. März 2014 wurde ein erweiterter Notbedarf von Fr. 14'237.– bzw. Fr. 12'527.– festgestellt und sinngemäss festgehalten, dass keine Sparquoten bestünden (act. 7/5/37 E. II.F.4-5). Gemäss dem angefochtenen Entscheid beträgt der erweiterte (Not-)Bedarf der Parteien in den interessierenden Phasen Fr. 14'135.– (Fr. 6'909.– + Fr. 7'226.–) resp. Fr. 14'324 (Fr. 7'185.– + Fr. 7'139.–). Diese Beträge sind jedoch nicht zwingend gleichzusetzen mit dem, was die Parteien tatsächlich ausgaben und was folglich im Rahmen eines konkret berechneten Haushaltbudgets als gebührender Unterhalt zu qualifizieren wäre. So deutet vorliegend insbesondere der Umstand, dass vor der Trennung und auch danach erhebliche Schulden entstanden (vgl. etwa Prot. VI S. 28, 32, 54 f., 57 und 59, act. 7/65 S. 3 und 5, act. 7/67 sowie E. III.3.1 oben), darauf hin, dass die Parteien über ihren Verhältnissen lebten – was der Kläger im Übrigen selbst eingestand (Prot. VI S. 59) – und entsprechend effektiv höhere Lebenshaltungskosten hatten als im Eheschutzprozess und im vorinstanzlichen Verfahren berechnet wurde. Die tatsächliche Höhe des ehelichen Lebensstandards ist mangels entsprechender Behauptungen – im erstinstanzlichen Verfahren wurde nicht thematisiert, dass einstufig zu rechnen sei, der Kläger bringt dies im Rechtsmittelverfahren erstmals vor – aber nicht ermittelbar.

#### **E. 4.2.7**

Was die Sparquote betrifft, so macht der Kläger zwar – wie auch bereits vor der Vorinstanz (act. 7/65 S. 3 und 5) – eine solche geltend, die sich aus monatlichen Leistungen an eine Säule 3a von Fr. 467.50 und der Schuldentilgung von insgesamt Fr. 6'010.– zusammensetzt

(act. 2 Rz 22). Die Schulden bestün- den aus Krediten, die zur Tilgung ehelicher Schulden, Anwalts- und Steuerschul- den aufgenommen worden seien (vgl. act. 2 Rz 14 und 15 sowie E. III.3.1 oben). Dem ist allerdings zu entgegen, dass über die genaue Höhe dieser allfälligen Sparquote Unklarheit herrscht und auch deren tatsächliches Bestehen nicht glaubhaft gemacht ist. So stellt zwar das Äufnen einer dritten Säule eine Sparquo- te dar. Dasselbe gilt für die Abzahlung von für die Begleichung von Anwaltskosten aufgenommenen Krediten, handelt es sich dabei doch grundsätzlich um einmalige Ausgaben. Für die Abzahlung von Steuerschulden aufgenommene Kredite hinge- gen führen bei ihrer Tilgung anders als etwa eine Amortisation von Hypotheken nicht zu einer Vermögensbildung, sondern begleichen Auslagen des Bedarfs, für

- 30 - die in der Vergangenheit nicht genügende Mittel vorhanden waren. Entsprechend handelt es sich bei den entsprechenden Raten nicht um eine Sparquote. Bei den ehelichen Schulden ist schliesslich nicht bekannt, wofür sie aufgenommen wur- den, sodass nicht beurteilt werden kann, ob deren Abzahlung eine Sparquote darstellen würde. Da das Verhältnis der verschiedenen Schulden in den vom Klä- ger geltend gemachten Kreditrückzahlungsraten mangels Substantiierung nicht bekannt ist (vgl. insbesondere act. 2 Rz 13 ff. sowie act. 7/65 S. 3 und 5, ferner Prot. VI S. 33 ff., 41, 54 f. und 58 f., act. 7/61 sowie act. 7/73) und auch nicht aus den von ihm eingereichten Belegen ersichtlich ist (vgl. act. 7/17/16, act. 7/62/18- 19, act 7/66/29, act. 7/66/36 und act. 4/4-5), kann die Höhe der allfälligen Spar- quote zumindest hinsichtlich der Schuldentilgung nicht abschliessend bestimmt werden. Hinsichtlich der eindeutigen Fr. 467.50 für die dritte Säule ist sodann nicht nachgewiesen, ob dieser Betrag aktuell regelmässig entrichtet wird (vgl. act. 7/17/22) und diese Sparquote somit effektiv besteht. Auch betreffend die Schuldentilgung ist höchstens die regelmässige Zahlung gewisser Kreditraten in der näheren Vergangenheit belegt (vgl. insbesondere act. 7/17/16, act. 7/62/18-20 und act. 7/66/29), wobei aber mangels entsprechender Erläuterung nicht klar ist, ob diese auch nach den Umschuldungen noch geschuldet sind und bezahlt wer- den und ob sie überhaupt Teil der geltend gemachten Schuldentilgung sind (vgl. auch E. III.3.1.5 oben).

#### **E. 4.2.8**

Folglich ist trotz den höheren Einkünften der Parteien an der zweistufigen Berechnungsmethode festzuhalten.

#### **E. 5**

Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_ wird mit Fr. 3'370.– aus der Gerichtskasse entschädigt. In diesem Umfang geht der Anspruch auf die unerhältliche Par- teientschädigung gemäss Dispositiv-Ziffer 4 auf die Gerichtskasse über.

#### **E. 6**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich (3. Abteilung) und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 7**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be- schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in

Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt

- 34 - Fr. 112'923.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw C. Funck versandt am:

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