

ZH_OBERGERICHT LY190026 vom 16. März 2020

ZH Obergericht, 2020-03-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY190026

FR: ZH_OBERGERICHT LY190026 du 16 mars 2020

IT: ZH_OBERGERICHT LY190026 del 16 marzo 2020

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind verheiratet und Eltern der Kinder D._____, geboren am tt.mm.2003, und C._____, geboren am tt.mm.2005. Mit Eheschutzurteil vom 16. März 2017 berechnete das Bezirksgericht Uster die Parteien zum Getrenntleben (LE190017 Urk. 7/72 Dispositiv-Ziffer 1), belies die Kinder unter der gemeinsamen Obhut der Parteien (Dispositiv-Ziffer 2), genehmigte eine von den Parteien am 13. März 2017 geschlossene Vereinbarung in Bezug auf die weiteren Kinderbelange und merkte die Vereinbarung im Übrigen vor (Dispositiv-Ziffer 3). Zudem wurden für beide Kinder Beistandschaften gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet (Dispositiv-Ziffern 4 bis 6). In der Vereinbarung verpflichtete sich der Kläger (eigentlich: Gesuchsteller) und Berufungskläger (fortan: Kläger), monatliche Unterhaltsbeiträge für die Tochter D._____ von Fr. 1'920.– (davon Fr. 856.– als Betreuungsunterhalt) und für den Sohn C._____ von Fr. 1'980.– (davon Fr. 856.– als Betreuungsunterhalt) zu bezahlen (LE190017 Urk. 7/72 Dispositiv-Ziffer 3.4.). Weiter verpflichtete sich der Kläger, der Beklagten (eigentlich: Gesuchsgegnerin) und Berufungsbeklagten (fortan: Beklagte) für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 1'580.– zu bezahlen (Dispositiv-Ziffer 3.5. lit. a). Zudem wurden eine Mehrverdienstklausel vereinbart (Dispositiv-Ziffer 3.5. lit. b), bereits geleistete Unterhaltszahlungen des Klägers angerechnet sowie für ausstehende Unterhaltsschulden von Fr. 37'000.– eine Abzahlungsregelung abgemacht (Dispositiv-Ziffer 3.6.). Seit Sommer 2017 wohnt D._____ ausschliesslich beim Kläger, worauf dieser am 5. September 2017 ein Abänderungsverfahren (Eheschutz) anstrebte (LE190017 Urk. 1 f.). Dieses wurde mit erstinstanzlichem Urteil vom 22. Februar 2019 bzw. Berufungsentscheid vom 12. August 2019 abgeschlossen und D._____ unter die Obhut des Klägers gestellt. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.4 des Urteils vom 16. März 2017 wurde der Kläger verpflichtet, für C._____ ab 1. September 2017 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'630.– (davon Fr. 1'583.– Betreuungsunterhalt) zu bezahlen. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.5 lit. a des Urteils vom 16. März 2017 wurde der Kläger zudem verpflichtet, für die Beklagte ab 1. September 2017 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'520.– zu bezahlen (EE170074 Urk. 135 Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4). Am 2. Februar 2018 hatte der Kläger zudem die Scheidungsklage vor Vorinstanz anhängig gemacht (Urk. 7/1). Seit Herbst 2018 lebt auch C._____ beim Vater. Infolgedessen stellte der Kläger am 10. Dezember 2018 im Scheidungsverfahren ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Er machte geltend, es sei unklar, ob das Gericht, welches mit der Abänderung des Eheschutzurteils befasst sei, Noven auch über die Einreichung der Scheidung hinaus berücksichtigen werde. Damit sehe er sich gezwungen, die seit Einreichung der Scheidungsklage ergangenen Noven nicht nur im Verfahren betreffend Abänderung des

Eheschutzurteils einzubringen, sondern auch beim Scheidungsgericht um Erlass vorsorglicher Massnahmen zu ersuchen (Urk. 7/66 S. 4 f.). Die Vorinstanz handelte die wesentliche Sachverhaltsänderung im Hinblick auf D._____ im Eheschutzverfahren betreffend Abänderung ab und beurteilte die weitere vorgebrachte Sachverhaltsänderung im Hinblick auf C._____ im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren (LE190017 Urk. 135 S. 15). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Er-

- 11 - wägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 S. 5 f.). Die Vorinstanz fällte am 20. Mai 2019 die eingangs wiedergegebene Verfügung (Urk. 2 = Urk. 7/112).

E. 1.1

Die Beklagte ersucht für das Rechtsmittelverfahren um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ (Urk. 11 S. 2). Zur Begründung führt die Beklagte an, dass sie (im Zeitpunkt der Berufungsantwort) gemäss angefochtenem Entscheid der Vorinstanz (monatlich) Fr. 1'590.– verdiene. Ihr Armenrechtsgesuch sei sowohl im Abänderungs- als auch im Scheidungsverfahren gutgeheissen worden. An ihren finanziellen Verhältnissen habe sich seitdem nichts geändert. Daher sei ihr Armenrechtsgesuch auch im Rechtsmittelverfahren gutzuheissen (Urk. 11 S. 13).

E. 1.2

Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe weder einen Antrag auf Prozesskostenvorschuss gestellt noch explizit dargelegt, weshalb sie auf einen solchen verzichtet habe. Daher sei ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung abzuweisen (Urk. 15 S. 10 f.). 1.3.1. Als bedürftig gilt, wer für die Kosten eines Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf, wobei die gesamte wirtschaftliche Situation, d.h. einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen und andererseits die Einkünfte sowie die Vermögenssituation des Klägers, zu berücksichtigen sind (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 6 m.H.). In zeitlicher Hinsicht ist die wirtschaft-

- 32 - liche Situation des Gesuchstellers im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgeblich. Steht aber fest, dass der Gesuchsteller im Zeitpunkt des Entscheids nicht bzw. nicht mehr bedürftig ist, kann auf diese Verhältnisse abgestellt werden. Dies ergibt sich aus Art. 123 ZPO, wonach die Partei zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie "dazu in der Lage ist" (BGer 5A_124/2012 vom 28. März 2012, E. 3.3). Soweit die finanziellen Mittel des Gesuchstellers den Betrag überschreiten, dessen er zur Deckung seiner persönlichen Bedürfnisse bedarf, ist dieser Überschuss mit den voraussichtlichen Kosten des Verfahrens in Beziehung zu setzen, für das um unentgeltliche Rechtspflege ersucht wird: Dabei sollte der monatliche Überschuss es ihm ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen binnen eines Jahres, bei anderen binnen zweier Jahre zu tilgen (BGer 5A_810/2011 vom 7. Februar 2012, E. 2.3 m.H.; BGer 5A_849/2014 vom 30. März 2015, E. 2.2). 1.3.2. Nach der Rechtsprechung darf von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie im Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausdrücklich darlegt, weshalb ihrer Ansicht nach auf einen Prozesskostenvorschuss zu verzichten ist. Damit wird die Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege sichergestellt. Fehlt die entsprechende Begründung, kann das

Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1. m.H.). Davon kann nur abgesehen werden, wenn im konkreten Fall die Mittellosigkeit des anderen Ehegatten gleichsam offensichtlich bzw. augenfällig ist, so dass es einem überspitzten Formalismus gleichkäme, eine formale Erörterung der Aussichtslosigkeit eines Prozesskostenvorschussgesuches zu verlangen (BGer 5A_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4.).

E. 1.4

Der Kläger führte anlässlich der Verhandlung im Abänderungsverfahren Eheschutz vor Vorinstanz vom 17. September 2018 aus, er könne keinen Prozesskostenbeitrag leisten (LE190017 Urk. 135 S. 46 unter Verweis auf EE170074 Prot. S. 32). Die Vorinstanz wies im Eheschutzverfahren betreffend Abänderung das Gesuch der Beklagten, es sei der Kläger zu verpflichten, ihr einen angemessenen Prozesskostenbeitrag von einstweilen Fr. 15'000.– zu bezah-

- 33 - len, mangels Leistungsfähigkeit des Klägers ab (LE190017 Urk. 135 S. 47). Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, wenn die Beklagte im vorliegenden Verfahren vor Berufungsinstanz darauf verzichtete, ein weiteres Mal ein Gesuch um einen Prozesskostenbeitrag zu stellen und zu begründen (so bereits im Berufungsverfahren LE190017 entschieden), zumal der Kläger selber nicht behauptet, er sei (nunmehr) zur Leistung eines solchen in der Lage. Der Beklagten stehen die ihr von der Vorinstanz zugesprochenen monatlichen Freibeträge (bis am 31. Dezember 2019 Fr. 855.95 und ab 1. Januar 2020 Fr. 1'295.95; Urk. 2 E. 6.10.4.) gemäss vorliegendem Berufungsurteil teilweise zur Verfügung. Sie verfügt, ausgehend von den vorinstanzlich festgehaltenen und unangefochten gebliebenen (erweiterten, s. E. II.3.5. oben) Bedarfszahlen von Fr. 4'143.– (bis 31. Dezember 2019) und von Fr. 4'307.– (ab 1. Januar 2020) aufgrund ihrer Einkommen von Fr. 1'670.– (bis 31. Dezember 2019) und von Fr. 3'700.– (ab 1. Januar 2020) und der ihr zuzusprechenden Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'050.– (bis 31. Dezember 2019) und von Fr. 1'170.– (ab 1. Januar 2020), zwar nach wie vor über einen monatlichen Anteil am Freibetrag von Fr. 577.– (bis 31. Dezember 2019) bzw. Fr. 563.– (ab 1. Januar 2020). Im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege gilt jedoch der Effektivitätsgrundsatz: Zur Ermittlung des massgebenden Einkommens und Vermögens dürfen nur effektiv vorhandene und verfügbare oder wenigstens realisierbare Mittel berücksichtigt werden. Es besteht keine Pflicht zum Ansparen der für eine prozessuale Geltendmachung eines Anspruchs erforderlichen Mittel (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 19 m.H. und N 26). Ab Januar 2020 erhält die Beklagte vom Kläger einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'170.–. Sie verdient Fr. 1'670.– (das hypothetische Einkommen darf nach dem Erwähnten nicht berücksichtigt werden). Für das Jahr 2019 erzielte sie ab dem Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (29. Juli 2019) zwar, wie erwähnt, einen Überschuss. Eine Pflicht, diesen Überschuss anzusparen, bestand jedoch nicht. Zudem würde der Überschuss zur Deckung der Prozesskosten nicht ausreichen.

E. 1.5

Obschon die Ausführungen der Beklagten zu ihren finanziellen Verhältnissen sehr rudimentär ausfallen, erscheint es vorliegend glaubhaft, dass sie nicht über nennenswertes liquides Vermögen verfügt (LE190017 Urk. 74; Urk. 135

- 34 - Dispositiv-Ziffer 5 am Ende; Urk. 143 S. 48 und Urk. 44/10, 40/33-39). Damit ist ihre Mittellosigkeit glaubhaft gemacht und es ist ihr für das Berufungsverfahren die

unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

E. 2

Gegen diese Verfügung erhob der Kläger am 24. Juni 2019 innert Frist Berufung, wobei er die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 1 S. 2 f.). Mit Verfügung vom 27. Juni 2019 wurde das Gesuch des Klägers um Erteilung der auf- schiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 6 Dispositiv-Ziffer 1) und ihm Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt (Dispositiv-Ziffer 2). Nach dessen Eingang (Urk. 8) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 16. Juli 2019 Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 10). Die Berufungsantwort datiert vom 29. Juli 2019 (Urk. 11) und wurde dem Kläger mit Verfügung vom 30. Juli 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 14). Mit Eingabe vom 15. August 2019 machte der Kläger von seinem Replikrecht Gebrauch (Urk. 15). Seine Stellungnahme wurde der Beklagten am 21. August 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 16). Es erfolgten keine weiteren Eingaben. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. II. 1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 1 bis 4, 7 und 9 des vorinstanzlichen Entscheids blieben unangefochten. In diesem Umfang ist der vorinstanzliche Entscheid am 25. Juni 2019 in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 7/113). Dies ist vorzumerken.

E. 2.1

Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 5'500.– festzusetzen. Ausgehend von einer Geltungsdauer der vorliegenden vorsorglichen Massnahmen von zwei Jahren ab 1. Dezember 2018 verlangt der Kläger berufungsweise die Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen an die Beklagte von insgesamt Fr. 28'850.– (10 x Fr. 2'885.–), währendem die Beklagte die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids und damit die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen von insgesamt Fr. 63'000.– ([13 x Fr. 3'230.–] + [11 x Fr. 1'910.–]) verlangt. Nach erfolgter Korrektur des angefochtenen Entscheids beträgt die Unterhaltspflicht des Klägers über eine mutmassliche Geltungsdauer der vorliegenden vorsorglichen Massnahmen von zwei Jahren ab Dezember 2018 insgesamt Fr. 52'520.– ([13 x Fr. 3'050.–] + [11 x Fr. 1'170.–]). Ausgangsgemäss ist die Entscheidgebühr dem Kläger zu zwei Drittel und der Beklagten zu einem Drittel aufzuerlegen. Zuzugewähren der Beklagten gewährten unentgeltlichen Rechtspflege sind die auf sie entfallenden Gerichtsgebühren jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

E. 2.2

Die volle Parteientschädigung beträgt in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 AnwGebV Fr. 4'000.– zuzüglich 7.7 % MwSt. (= Fr. 4'308.–). Entsprechend der Kostenverteilung ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'436.– zu bezahlen. Es wird beschlossen:

E. 3

Der Kläger beanstandet zusammengefasst die Berechnungen seines Einkommens, seines Bedarfs, des Einkommens der Beklagten, des Bedarfs von D._____ sowie eine Verletzung der Dispositionsmaxime bei der Festsetzung des Ehegattenunterhalts durch die Vorinstanz (Urk. 1).

E. 3.1

In der Eheschutzvereinbarung war das Einkommen des Klägers auf monatlich Fr. 12'200.– netto veranschlagt worden (100 % Pensum, inkl. 13. Monatslohn, inkl. Boni, inkl. Fr. 150.– Essenspauschale, exkl. Prämienbeitrag, exkl. Familienzulagen; LE190017 Urk. 7/72 Dispositiv-Ziffer 3.7). Der Kläger macht geltend, die Nettojahreseinkommen seien für die Jahre 2012 (rund Fr. 153'000.–), 2013 (rund Fr. 157'000.–) und 2014 (rund Fr. 164'000.–) ausgewiesen gewesen (Urk. 1 S. 6). Zutreffend ist, dass diese Einkommen anerkannt waren (EE160109 Prot. S. 24). Zudem befand sich die Steuererklärung des Jahres 2015 bei den Akten (LE190017 Urk. 7/2/1), in diesem Jahr erzielte der Kläger einen monatlichen Nettolohn von Fr. 13'239.– (EE160109 Prot. S. 23). Zu Recht weist der Kläger darauf hin, dass schon im ursprünglichen Eheschutzverfahren Thema gewesen war, ob ein Prämienbeitrag beim Einkommen anzurechnen sei (Urk. 1 S. 6, bzw. EE160109 Prot. S. 23 f., Urk. 7/52 S. 8). Die Parteien waren übereingekommen, den Prämienbeitrag der Arbeitgeberin für die 3. Säule nicht als Einkommen aufzurechnen. An dieser getroffenen Wertung hielt die Vorinstanz im Urteil vom 22. Februar 2019 betreffend Abänderung des Eheschutzurteils fest (LE190017 Urk. 135 E. 6.1.5. und Dispositiv-Ziffer 5). Demgegenüber rechnete die Vorinstanz im zu beurteilenden Entscheid, ausgehend vom Lohnausweis 2018 (Urk. 7/105/3), ein monatliches Nettoerwerbseinkommen von Fr. 12'436.– an (Fr. 155'235.– ./ Fr. 6'000.– Kinderzulagen; geteilt durch 12; Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 8). Der Kläger beanstandet, dass in diesem Betrag ein Prämienbeitrag für die 3. Säule von jährlich Fr. 6'494.– enthalten sei (Urk. 1 S. 7). Die Vorinstanz hielt dazu fest, dabei handle es sich um Leistungen in die Säule 3a und 3b, weshalb der Prämienbeitrag nicht vom Einkommen abzuziehen sei (Urk. 2 E. 6.2.3).

- 14 - Der Kläger macht zu Recht geltend, die Vorinstanz verkenne, dass dies den Parteien bereits im Eheschutzverfahren bekannt gewesen sei und die Vorinstanz an den von den Parteien damals getroffenen Wertungsentscheid gebunden sei (Urk. 1 S. 7). Im vorliegenden Verfahren werden die Unterhaltsbeiträge nicht originär festgesetzt, sondern es geht, wie erwähnt, um die Abänderung eines früheren Eheschutzurteils. Die Neuberechnung hat sich an den Wertungen zu orientieren, die dem ursprünglichen Entscheid zugrunde lagen. Andernfalls würde die Abänderung zu einer Wiedererwägung des formell rechtskräftigen Entscheids führen. Es ist unbestritten, dass der "Prämienbeitrag" von Fr. 6'494.– (welcher nicht ausbezahlt wird und demgemäss für die Lebenshaltungskosten nicht zur Verfügung steht) ursprünglich nicht zum Nettoeinkommen hinzugerechnet wurde. Es ist weder ein Grund ersichtlich, noch von der Vorinstanz oder der Beklagten dargetan, weshalb an dieser Wertung nicht mehr festzuhalten wäre (vgl. zu den beschränkten Möglichkeiten, eine auf Vereinbarung beruhende Eheschutzmassnahme oder vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren abzuändern: E. 2.2. oben). Daran ändert nichts, dass der Prämienbeitrag (wohl) nicht zum sog. caput controversum der zugrundeliegenden Vereinbarung gehörte (so die Beklagte, Urk. 11 S. 3 f.). Da das Einkommen des Klägers infolge Bonuszahlungen schwankend ist und seine Nettoeinkommen der letzten Jahre sich im Bereich des ursprünglich zugrundegelegten Einkommens bewegen (2016 Fr. 150'617.– [Urk. 7/2/3]; 2017 Fr. 157'186.– [Urk. 7/16/20]; 2018 Fr. 155'235.– [Urk. 7/105/3]; jeweils inkl. Prämienbeitrag und Kinderzulagen), ist am ursprünglich vereinbarten Nettoeinkommen von Fr. 12'200.– (ohne Prämienbeitrag und ohne Kinderzulagen) festzuhalten und das Einkommen nicht allein gestützt auf die Zahlen des Jahres 2018 festzusetzen (vgl. Urk. 1 S. 7).

E. 3.2

Weiter beanstandet der Kläger bei seinem Bedarf, dass ihm im Eheschutzverfahren unter dem Titel "weitere Berufsauslagen" Fr. 100.– für die Projektleiterzertifizierung angerechnet worden seien (LE190017 Urk. 7/69 f.) und die Vorinstanz nun unter diesem Titel nur noch Fr. 10.– berücksichtigt habe (Urk. 1 S. 8 f.). Die Vorinstanz erwog, bei den Kosten für die (Projektleiter-)Konferenzen sei nicht ausreichend klar, wie häufig der Kläger an solchen teilnehme und mit welchen Kosten dies verbunden sei. Er habe die Möglichkeit, diese Kosten von

- 15 - seinem Überschuss zu bezahlen, wenn sie denn tatsächlich nicht vom Arbeitgeber erstattet würden (Urk. 2 E. 6.3.3.). Der Kläger moniert, bereits aus dem Umstand, dass die Parteien in der Eheschutzvereinbarung zugrunde liegenden Unterhaltsberechnung Kosten von Fr. 100.– für die Projektleiterfinanzierung berücksichtigt hätten und seither keine Änderung eingetreten sei, seien diese Kosten weiterhin anzurechnen (Urk. 1 S. 8). Die Auslagen für die Projektleiterzertifizierung seien schwankend und im Eheschutzverfahren mit Fr. 100.– vergleichsweise definiert worden (Urk. 15 S. 4). Dabei übergeht er aber, dass ihm im Abänderungsentscheid vom 22. Februar 2019 unter dem Titel "Weitere Berufsauslagen" keine Kosten angerechnet wurden (LE190017 Urk. 135 E. 6.2.11.). Jedoch machte er anlässlich der Massnahmeverhandlung vom 17. April 2019 geltend, der Betrag von Fr. 100.– für die Projektleiterzertifizierung falle weiterhin an. Es sei heutzutage für einen Projektleiter unabdinglich, eine Zertifizierung vorweisen zu können. Ein Akkreditierungszyklus dauere drei Jahre. Während dieser Zeit müssten 60 Personal Development Units (PDU) gesammelt werden. Ein PDU entspreche ca. einer Stunde Lehr- oder Lerntätigkeit (Weiterbildungen im Projektleiterbereich, Kongressteilnahmen etc.). Damit seien Kosten von monatlich rund Fr. 100.– verbunden. Neben dem Jahresbeitrag seien im Jahr 2018 Kosten für die Teilnahme am E.____-Kongress in F.____ und an einer Veranstaltung in G.____ angefallen (Urk. 7/104 S. 9 f.). Anlässlich der vorinstanzlichen Befragung erklärte der Kläger, dass ihm die Arbeitgeberin die Arbeitszeit der für den Erwerb der Zertifizierung nötigen Credits zur Verfügung stelle, die Spesen jedoch nicht übernehme (Prot. I S. 23). Dies erscheint insbesondere vor dem Hintergrund der ursprünglichen Eheschutzvereinbarung als glaubhaft. Für das Jahr 2018 sind folgende Kosten ausgewiesen: Alleine die Teilnahme an der Konferenz in F.____ kostete (ohne Übernachtungs- und Reisekosten) EUR 1'344.70 (Urk. 7/105/11). Hinzu kommt ein Jahresbeitrag von USD 129.– (Urk. 7/105/14). Zudem besuchte er eine Konferenz in G.____ (vgl. Urk. 7/105/13). Damit ist kein Grund ersichtlich, von den ursprünglich vereinbarten Weiterbildungskosten von monatlich Fr. 100.– für die Projektleiterzertifizierung abzuweichen. Entgegen der Beklagten bedarf es vor dem Hintergrund der Eheschutzvereinbarung keiner Ausführungen des Klägers, ob er die Credits nicht auch durch Teilnahme an Veranstaltungen in

- 16 - der näheren Umgebung erhalten könne (zumal der überwiegende Teil der Kosten, wie bereits erwähnt, nicht auf Reise- bzw. Übernachtungskosten zurückzuführen ist; vgl. Urk. 11 S. 5, 7/105/11 und 7/105/14). Das Gleiche gilt im Zusammenhang mit der von der Beklagten in Frage gestellten Notwendigkeit der Teilnahme an den Kongressen und die Kostenübernahme durch den Arbeitgeber (Urk. 11 S. 5; vgl. dazu im Übrigen: Urk. 15 S. 4 unter Hinweis auf Urk. 104 S. 9 f. und Prot. I S. 23). Die Parteien legten die diesbezüglichen Parameter in der Eheschutzvereinbarung fest, und die Beklagte macht auch hier nicht geltend, dass sich die Umstände verändert hätten oder die ursprüngliche

Festsetzung auf einem Irrtum beruht hätte (s. dazu E. 2.2. oben). Damit ist der Bedarf des Klägers um Fr. 90.– zu erhöhen und beläuft sich in der ersten Phase bis 31. Dezember 2019 auf Fr. 4'335.10 (statt Fr. 4'245.10, Urk. 2 E. 6.3.4.) und in der zweiten Phase ab 1. Januar 2020 auf Fr. 4'622.– (statt Fr. 4'532.–, Urk. 2 E. 6.3.5.). 3.3.1. Die Vorinstanz ging bei der Beklagten für die Zeit vom 1. Dezember 2018 bis 31. Dezember 2019 von einem monatlichen Einkommen von Fr. 1'763.80 netto bei einem 60 %-Pensum aus (Urk. 2 E. 6.4.3.). Der Kläger beanstandet, erstens habe die Vorinstanz das Einkommen nicht korrekt berechnet, zweitens habe die Beklagte einen klagbaren Anspruch auf einen höheren Lohn und drittens sei eine Mehrverdienstklausel aufzunehmen (Urk. 1 S. 9 ff.). a) Berechnung Einkommen Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe bis 31. Mai 2018 zuerst als Assistant/Office Managerin bei H._____ & Partners gearbeitet (unter Verweis v.a. auf Urk. 7/65/6), danach habe sie eine Ausbildung zum Financial Advisor absolviert und sei (seither) für H._____ & Partners als Versicherungsagentin tätig, wo sie angeblich für ein 60 % Pensum Fr. 1'500.– brutto akonto verdiene. Sie selbst habe zunächst erklärt, ungefähr drei Monate arbeitslos gewesen zu sein, worauf auch der Arbeitsvertrag als Consultant per 1. September 2018 hindeute (unter Verweis v.a. auf Urk. 7/65/9, Prot. I S. 27). Jedoch würden Lohnabrechnungen für August und September 2018 im Recht liegen (Urk. 7/65/10), weshalb die Vorinstanz von zwei Monaten Arbeitslosigkeit ausgegangen sei (Urk. 2 E. 6.4.3.). Selbst wenn man bezüglich des aktuellen Einkommens der Be-

- 17 - klagten auf den Lohnausweis 2018 (Urk. 7/107/4) abstelle, wie es die Vorinstanz getan habe, belaufe sich der Verdienst auf Fr. 1'833.– (Fr. 17'638.– ./.[4 x Fr. 1'590.–, Verdienst als Office Managerin bei H._____ & Partners LE190017 Urk. 135 E. 6.3.4] ./Fr. 2'110.50 gemäss Lohnabrechnung Mai 2018 [Urk. 7/65/7] = Fr. 9'167.50 : 5 Monate). Daraus müsse geschlossen werden, dass die Beklagte mit einem einzigen Abschluss (Urk. 7/106 S. 12) einen Verdienst von rund Fr. 9'165.– erzielt habe (Urk. 1 S. 10; s. zum Ganzen auch Urk. 15 S. 5 f.). Die Beklagte macht geltend, sie habe die neue Stelle bereits Mitte Juli 2018 angetreten. Der Betrag von Fr. 2'500.– (brutto, August 2018) und Fr. 1'290.30 (brutto, pro rata temporis Juli 2018) erkläre sich daraus, dass bei H._____ & Partners ein Teilzeitpensum unüblich sei und irrtümlich von einem 100 % Pensum ausgegangen worden sei (mit Verweis auf Urk. 7/65/10). Erst als man diesen Fehler nach der Auszahlung im August 2018 bemerkt habe, sei der Arbeitsvertrag entsprechend auf 60 % korrigiert worden (mit Verweis auf Urk. 7/65/9). Nach dem Ausgeführten decke der Lohnausweis 2018 10.5 Monate ab, was zu einem anrechenbaren Salär von Fr. 1'679.80 (netto) führe (Urk. 11 S. 6). Gemäss Arbeitsvertrag stellt der Bruttofixlohn der Beklagten von Fr. 1'500.– eine Vorschusszahlung dar, welche als Schuld dem entsprechenden Mitarbeiter angerechnet wird. Verdient der Mitarbeiter mit der Vermittlung von Versicherungsprodukten eine Kommission, wird diese auf seinem Konto mit den bereits erfolgten Vorschusszahlungen verrechnet. Erst wenn die Summe der verdienten Kommissionen die Vorschusszahlungen übersteigt, gilt der übersteigende Teil als Kommission und wird ausbezahlt (Urk. 7/65/9 Ziff. 7.2 [und 8.5]; Urk. 7/65/12). Die Beklagte hat folglich nicht, wie vom Kläger behauptet, mit einem Abschluss Fr. 9'165.– verdient, sondern wegen ihres einzigen Abschlusses im Jahr 2018 nie Anrecht auf mehr als den Bruttofixlohn von Fr. 1'500.– gehabt. Damit ist von folgendem Lohn auszugehen: Fr. 17'638.– ./.[6'360.– [4 x Fr. 1'590.–, Verdienst als Office Managerin bei H._____ & Partners gemäss LE190017 Urk. 135 E. 6.3.4] ./Fr. 2'110.50 [gemäss Lohnabrechnung Mai 2018, Urk. 7/65/7] = Fr. 9'167.50 : 5.5 Monate [belegt ist ein Arbeitsbeginn Mitte Juli 2018, Urk. 7/65/10] = Fr. 1'666.80 bzw. gerundet Fr. 1'670.–, was knapp Fr. 100.– weniger ist als der vorinstanzlich

- 18 - angerechnete Lohn. Die Beklagte absolvierte die vom Kläger geltend gemachte kurze Einführung bei H. _____ & Partners offenbar in der ersten Julihälfte 2018 (Urk. 7/62 S. 19 und Urk. 7/51/11). b) Klagbarer Anspruch Der Kläger moniert, die Vorinstanz habe sich nicht mit seinem Vorbringen auseinandergesetzt, dass die Beklagte bei ihrer Anstellung als Versicherungs- agentin einen (klagbaren) Anspruch auf ein angemessenes Entgelt (100 % Pen- sum Fr. 6'490.– oder bei 60 % Fr. 3'894.–) habe, auch wenn sie auf Provisionsba- sis bezahlt werde. Damit sei sein rechtliches Gehörs verletzt worden (Urk. 1 S. 9 f. mit Verweis auf Urk. 7/66 S. 10 f.). Die Beklagte bestreitet, dass ihr für die gesamte Dauer der Anstellung ein klagbarer Anspruch auf ein Entgelt in der vom Kläger geltend gemachten Höhe zustehe (Urk. 11 S. 7). Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen ist grundsätzlich von den tatsächli- chen Verhältnissen auszugehen (s. E. c unten). Damit bedarf es an dieser Stelle keiner Auseinandersetzung damit, ob die Beklagte (neben ihrem Bruttofixlohn von Fr. 1'500.–, s. E. a oben) einen klagbaren Anspruch auf mehr Lohn gegenüber ih- rer Arbeitgeberin hat. c) Mehrverdienstklausel Weiter macht der Kläger geltend, gehe man trotz der unklaren Einkommens- situation und in Kenntnis, dass die Beklagte eigentlich Anspruch auf ein höheres Salär hätte, lediglich vom "voraussichtlich" erzielten Verdienst aus, so sei eine Mehrverdienstklausel aufzunehmen. Entsprechend habe sich die Beklagte das über Fr. 1'833.– erzielte Einkommen zur Hälfte an ihren Unterhaltsbeitrag anrech- nen zu lassen. Anders zu entscheiden hiesse, dass die Beklagte auf Kosten der Kinder ihr Einkommen steigern könnte (Urk. 1 S. 10). Die Beklagte bestreitet, dass eine Mehrverdienstklausel zum Bestandteil des Urteils gemacht werden könne. Eine solche könne nur im Rahmen einer Scheidungskonvention zwischen den Parteien vereinbart werden (Urk. 11 S. 7).

- 19 - Zwar macht der Kläger zu Recht geltend, gemäss Art. 126 Abs. 3 ZGB kön- ne das Gericht auch im Urteilsfall den Unterhaltsbeitrag von Bedingungen abhän- gig machen und auf Antrag eine Mehrverdienstklausel aufnehmen (Urk. 15 S. 6 unter Hinweis auf OGer ZH LC170019 vom 16.01.2018, E. 7.5.5.). Allerdings ist im Rahmen vorsorglicher Massnahmen – anders als im Scheidungsverfahren – keine dauerhafte Regelung zu treffen, sondern die Verhältnisse sind einstweilen und für kurze Zeit zu regeln. Daher ist grundsätzlich von den tatsächlichen Ver- hältnissen auszugehen (vgl. OGer ZH LY180020 vom 01.09.2019, E. 10.4.). Zur Anordnung von vorsorglichen Massnahmeverfahren im Scheidungsverfahren sind die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemein- schaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Ein allfälliger Anspruch ei- nes Ehegatten auf Unterhaltsbeiträge während der Dauer des Scheidungsverfah- rens ist Ausfluss der ehelichen Unterstützungspflicht nach Art. 163 ZGB und rich- tet sich grundsätzlich nach denselben Kriterien wie sie in Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB für den Eheschutz vorgesehen sind (Sutter-Somm/Stanischewski, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 276 N 11 m.H.; Dolge, DIKE-Komm-ZPO, Art. 276 N 9 m.H.; s. zudem E. 3.3.2. unten). Dies spricht gegen die Anwendbarkeit von Art. 126 Abs. 3 ZGB im Massnahmeverfahren und damit ge- gen die Aufnahme einer Mehrverdienstklausel. Damit kann offen bleiben, ob der erst im Berufungsverfahren vorgebrachte Antrag auf Aufnahme einer Mehrver- dienstklausel vorliegend überhaupt noch zulässig oder aber als verspätet zu quali- fizieren wäre. 3.3.2. Hypothetisches Einkommen der Beklagten: Die Vorinstanz rechnete der Beklagten wegen ihres sehr tiefen Einkommens und weil sie lediglich einige Suchbemühungen aus dem Juni 2018 belegte (Urk. 7/107/4a) ab 1. Januar 2020 ein hypothetisches Einkommen von monatlich Fr. 3'700.– netto an. Das Erstge- richt erwog, es fehle gegenwärtig an

Anhaltspunkten dafür, wie schwierig es für die Beklagte wäre, eine neue Stelle zu finden. Die Beklagte habe die Hypothek ihres nicht mehr ganz jungen Alters und ihrer sehr limitierten Deutschkenntnisse. Dass die Stelle bei H._____ & Partners ihre erste Stelle in der Schweiz gewesen sei, nachdem sie während der (ungetrennten) Ehe nicht gearbeitet habe, spreche nicht für gute Aussichten auf dem Arbeitsmarkt. Jedoch habe sie in den USA ei-

- 20 - nen Hochschulabschluss in "Management Informations Systems" und in der Schweiz eine Kosmetikausbildung absolviert. Zudem hätten im Raum Zürich einige Unternehmen ihren Sitz, bei denen Englisch die primäre Bürosprache sei. Die Beklagte habe sich im Jahre 2018 vor allem als Back Office Managerin, Social Media Specialist und auch als Kosmetikerin beworben (mit Verweis auf Urk. 7/107/4a). Berechne man mit Hilfe von Salarium ihre Einkommensmöglichkeiten als Assistentin oder auch in der Kosmetikbranche, müsste sie in beiden Bereichen in der Lage sein, bei einem 100 %-Pensum ein Einkommen von rund Fr. 4'000.– brutto, mithin ca. Fr. 3'700.– netto, zu erzielen (Urk. 2 E. 6.4.5.). Der Kläger moniert, beim beruflichen Werdegang habe die Vorinstanz auf die aktenwidrigen Aussagen der Beklagten anlässlich der persönlichen Befragung abgestellt, wonach sie während der (ungetrennten) Ehe nicht gearbeitet habe und die Stelle bei H._____ & Partners ihre erste Stelle in der Schweiz gewesen sei. Wie dem LinkedIn Profil der Beklagten zu entnehmen sei, habe diese von Juli 2000 bis Juni 2007 (richtig wohl bis zu ihrem Umzug in die Schweiz im Juni 2006) – und damit auch noch nach der Geburt der beiden Kinder – bei I._____ in New York in einem Vollzeitpensum gearbeitet. In der Schweiz habe sie von Oktober 2008 bis Mai 2011 in Form von un bezahlter Freiwilligenarbeit als IT Chairperson bei M._____ gearbeitet und ein kleines Team geleitet. Von Oktober bis Dezember 2013 habe sie zudem drei Monate bei K._____ als Exclusive Agent Wholesaler gearbeitet, wobei sie ebenfalls nichts verdient habe (mit Verweis auf Urk. 7/105/5, Prot. I S. 27). Weiter sei sie seit Juni 2010 als selbständige ... Lifestyle Consultant tätig, wobei zwischen den Parteien strittig sei, ob es sich hierbei lediglich um ein Hobby handle. Damit habe die Beklagte auch während der (ungetrennten) Ehe sowohl in den USA als auch in der Schweiz gearbeitet. Die Vorinstanz habe folglich ein Kriterium (berufliche Qualifikationen) nicht resp. nicht korrekt berücksichtigt, weshalb die beruflichen Aussichten der Beklagten neu einzuschätzen seien und nicht als eingeschränkt angesehen werden könnten. Zudem könnten wegen ihrer Ausbildung in der Schweiz die Deutschkenntnisse der Beklagten nicht als "sehr limitiert" bezeichnet werden (Urk. 1 S. 12 f. m.H.). Es sei zudem weder nachvollziehbar, von welchen Tätigkeiten bzw. Stellen die Vorinstanz konkret ausgehe, noch, welche Parameter der Salariumberechnung zugrunde lägen. Die

- 21 - Vorinstanz habe es unterlassen festzustellen, in welcher Branche die Beklagte als Assistentin arbeiten könnte und damit den Sachverhalt nicht richtig festgestellt. Implizit gehe sie wohl davon aus, es müsste in einer Branche sein, in der Englisch die primäre Bürosprache sei. Damit komme in erster Linie eine Anstellung als Assistentin im Finanzdienstleistungssektor in Betracht, in welchem die Beklagte auch von März 2016 bis 31. Mai 2019 (recte: 2018) als Administrator bzw. als Office Managerin tätig gewesen sei. Mit seinem Vorbringen, in dieser Branche könne sie gemäss der Salarium-Berechnung mindestens Fr. 6'267.– brutto bzw. Fr. 5'450.– netto verdienen (Region: Zürich; Branche: Finanzdienstleistungen; Berufsgruppe: allg. Büro- und Sekretariatsarbeiten; ohne Kaderfunktion; 40 Wochenstunden; statt Hochschulabschluss lediglich "abgeschlossene

Berufs- ausbildung"; Alter: 52; Dienstjahre 2 [mittlerweile seien es 3 allein in der Schweiz]; weniger als 20 Beschäftigte; 12 Monatslöhne, ohne Sonderzahlung [nicht bran- chenüblich] und Anstellung im Monatslohn [mit Verweis auf Urk. 7/51/13]), habe sich die Vorinstanz nicht auseinandergesetzt. Vor diesem Hintergrund von einem Nettoeinkommen von Fr. 3'700.– auszugehen, entbehre jeder Grundlage. Die Be- klagte habe sich bei H._____ & Partners sodann zum Financial Advisor weiterge- bildet (mit Verweis auf Prot. I S. 27) und arbeite "voraussichtlich" (gemeint: wohl) seit dem 1. August 2018 als Consultant (mit Verweis auf Urk. 7/65/9). Bei einer Vollzeitanstellung als Versicherungsagentin im Aussendienst (Region: Zürich; Branche: Versicherungen, Pensionskassen; Berufsgruppe: nicht akademische be- triebswirtschaftliche und kaufmännische Fachkräfte; ohne Kaderfunktion; 40 Wochenstunden; abgeschlossene Berufsausbildung; Alter: 52; ohne Berufser- fahrung; 50 oder mehr Beschäftigte; 12 Monatslöhne, ohne Sonderzahlungen; Anstellung im Monatslohn) ergebe sich gemäss Salariumberechnung ein Median- lohn von Fr. 6'490.– netto (mit Verweis auf Urk. 7/67/4-5). Offenbar investiere die Beklagte viel Zeit in den Aufbau ihrer Karriere als Versicherungsagentin. Daneben sei es ihr angeblich nicht einmal mehr möglich, sich um andere Stellen zu bemü- hen (mit Verweis auf Prot. I S. 25 und S. 28). Dies würde sie kaum tun, wenn sie sich mit dieser Anstellung keine guten Verdienstmöglichkeiten ausrechnen würde. Um den Medianlohn zu erzielen, wären lediglich zwischen acht und neun Ab- schlüsse nötig. Trotz seinen Vorbringen und obwohl die Beklagte über eine Wei-

- 22 - terbildung als Financial Advisor verfüge und zurzeit als Versicherungsagentin tätig sei, setze sich die Vorinstanz mit der Möglichkeit der Beklagten, auch weiterhin als Versicherungsagentin tätig zu sein, nicht auseinander, womit sie sein rechtli- ches Gehör verletzt habe (Urk. 1 S. 14 f.). Schliesslich versäume es die Vor- instanz, in Bezug auf die Anstellung in der Kosmetikbranche darzulegen, von wel- chem Stellenprofil sie konkret ausgegangen sei, und habe auch hier den Sach- verhalt nicht richtig festgestellt. Gehe man aufgrund der Ausbildung der Beklagten davon aus, sie arbeite als Make-up Artistin, belaufe sich ihr Einkommen gemäss Salariumberechnung richtigerweise auf mindestens Fr. 3'950.– netto (Region: Zü- rich; Branche: Sonstige überwiegend persönliche Dienstleistungen; Berufsgruppe: Berufe im Bereich personenbezogener Dienstleistungen, ohne Kaderfunktion; 40 Wochenstunden; abgeschlossene Berufsausbildung; Alter: 52; Dienstjahre: 5 [ef- fektiv wären es 18 Jahre]; weniger als 20 Beschäftigte; 12 Monatslöhne, keine Sonderzahlung und Anstellung im Monatslohn, mit Verweis v.a. auf Urk. 7/51/14; Urk. 1 S. 15 f.). Fünf der acht Bewerbungen im Juni 2018 würden sich auf Stellen im Social Media Bereich beziehen, worin die Beklagte soweit ersichtlich weder über eine Ausbildung noch über Berufserfahrung verfüge. Es würden keine Be- werbungsunterlagen oder Absageschreiben im Recht liegen. Die Seriosität der Stellensuche müsse daher stark angezweifelt werden, die Quantität der Bewer- bungen sei mehr als ungenügend. Dass die Beklagte, wenn sie sich seriös be- werben würde, gute Chancen auf dem Stellenmarkt habe, zeige, dass ihre Such- bemühungen bei der Trennung (auch gerade einmal fünf an der Zahl vom 7. Juni bis 14. Dezember 2015) auf grosse Resonanz gestossen seien. Sowohl bei der L._____ AG als auch bei J._____ sei man beeindruckt gewesen von den Qualifika- tionen und der Erfahrung der Beklagten (mit Verweis auf LE190017 Urk. 110/5). Mittlerweile stehe die Beklagte seit über drei Jahren wieder im Berufsleben und habe sich zusätzliche Qualifikationen erworben, womit sich ihre Aussichten auf dem Arbeitsmarkt nochmals verbessert hätten. Ungeachtet der Ausgangslage ha- be die Vorinstanz der Beklagten nochmals eine Übergangsfrist von sechs Mona- ten eingeräumt, was völlig unangemessen

sei. Es sei ihr daher maximal eine Übergangsfrist von drei Monaten einzuräumen (Urk. 1 S. 16 f.). Die Löhne in der Kosmetikbranche und diejenigen als Assistentin seien nicht vergleichbar. Die Vor-

- 23 - instanz habe das Einkommen willkürlich festgesetzt, indem sie nicht offengelegt habe, von welchen Überlegungen und Parametern sie bei ihren Berechnungen ausgegangen sei. Wegen ihren guten beruflichen Qualifikationen, der Nähe ihres Wohnortes zu Zürich mit vielen international tätigen Firmen, bei denen Englisch Bürosprache sei, sei der Beklagten die Ausübung einer Tätigkeit als Assistentin/Bürokraft im Finanzdienstleistungssektor, wo sie auch bisher tätig gewesen sei, möglich und zumutbar. Entsprechend sei ihr ein Einkommen von Fr. 5'450.– ab dem 1. Oktober 2019 anzurechnen (Urk. 1 S. 17). 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 Selbständigkeit 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 abgestellt werden (BGE 130 III 537 E. 3.2 m.H.). Zur Beurteilung, ob die Ausdehnung der Erwerbstätigkeit möglich und zumutbar ist, sind damit die Kriterien von Art. 125 ZGB (Alter, Gesundheit, berufliche Ausbildung und die Erwerbsaussichten, mutmasslicher Aufwand für die berufliche Eingliederung, Dauer der Aufgabenteilung während der Ehe, Kinderbetreuung) mit einzubeziehen. Art. 163 ZGB – wonach die Ehegatten gemeinsam und ein jeder nach seinen Kräften für den gebührenden Unterhalt der Familie sorgen – bleibt jedoch Rechtsgrund der Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten bei vorsorglichen Massnahmen (BGE 137 III 385 E. 3). Ein hypothetisches Einkommen ist nach der Rechtsprechung einzusetzen, wenn die betreffende Prozesspartei bei gutem Willen und zumutbarer Anstrengung ein solches Einkommen erzielen kann (BGE 137 III 118 E. 2.3; 128 III 4 E. 4a; 127 III 136 E. 2a). Bei der Festsetzung des hypothetischen Einkommens ist zwischen Rechts- und Tatfrage zu unterscheiden. Rechtsfrage ist, welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint (z.B. Kosmetikerin); die entsprechenden Annahmen beruhen auf allgemeiner Lebenserfahrung, was als Rechtsfrage gewürdigt wird (BGE 126 III 10 E. 2b). Tatfrage ist, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich (Ausbildung, Arbeitsmarktlage, Alter, Gesundheit etc.) und welches Einkommen dabei effektiv erzielbar ist (Lohnstrukturheber-

- 24 - gen des Bundesamtes für Statistik [Salarium]; Mülhauser, Das Lohnbuch 2019, Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich; allgemein verbindliche Gesamtarbeitsverträge etc.; BGE 137 III 118 E. 2.3 m.H.). Wird einer Partei ein hypothetisches Einkommen angerechnet, ist dies grundsätzlich nur für die Zukunft und nicht rückwirkend möglich (vgl. statt vieler OGer ZH LE170065 vom 16.04.2018, E. IV.B.4.2.4). Darüber hinaus ist dem Betreffenden hinreichend Zeit zu lassen, die rechtlichen Vorgaben in die Tat umzusetzen. Somit ist bis zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine dem Zweck und den Umständen angemessene Übergangsfrist einzuräumen (BGE 144 III 481 E. 4.6.; BGE 129 III 417 E. 2.2; BGE 114 II 13 E. 5). In der Regel beträgt die Übergangsfrist drei bis sechs Monate. Ein von dem erwähnten Grundsatz abweichender Entscheid, mit dem ein hypothetisches Einkommen ohne Umstellungsfrist oder gar rückwirkend angerechnet wird, rechtfertigt sich bloss bei Vorliegen von besonderen Umständen, so wenn der betroffenen Partei ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden muss oder wenn die geforderte Umstellung und das Erfordernis eines vermehrten beruf-

lichen Einsatzes für sie klar vorhersehbar waren (BGer 5A_549/2017 vom 11. September 2017, E. 4; BGer 5A_184/2015 vom 22. Januar 2016, E. 3.2). Diese Voraussehbarkeit kann grundsätzlich frühestens mit der Zustellung des erstinstanzlichen Entscheids bejaht werden (OGer ZH LY170039 vom 16.05.2018, E. III.B.3.1.7; OGer ZH LE170065 vom 16.04.2018, E. IV.B.4.2.4; OGer ZH LE150010 vom 09.07.2015, E. III.C.3.3.). Als die Parteien im mm 2006 in die Schweiz zogen, gab die Beklagte ihre Karriere als Informatikerin auf und widmete sich die nächsten zehn Jahre überwiegend der Kinderbetreuung (Urk. 11 S. 8 und LE190017 Urk. 7/13 S. 2 f.). Richtig ist, dass die Beklagte entgegen der Vorinstanz (Urk. 2 E. 6.4.5.) während der Ehe arbeitete, ihre Anstellung in New York jedoch aufgab, um dem Kläger in die Schweiz zu folgen (Prot. I S. 26). Die Beklagte ging mit anderen Worten vor ihrem Wiedereinstieg in das Berufsleben rund zehn Jahre keiner entlohnten Erwerbstätigkeit nach. Zu Recht macht der Kläger nicht geltend, dass die Beklagte im Informatikbereich tätig sein könnte, dürften doch ihre damals erworbenen Kenntnisse auf dem freien Arbeitsmarkt keinen grossen Wert mehr haben (dies mag im Rahmen von qualifizierter Freiwilligenarbeit anders beurteilt werden; vgl.

- 25 - Urk. 15 S. 7). Was ihre Ausbildung als Kosmetikerin betrifft, verfügt sie über keinen eidgenössisch anerkannten Berufsabschluss (selbst dann wäre im ersten Berufsjahr mit einem Bruttolohn von lediglich Fr. 4'000.– zu rechnen; Lohnbuch 2019, a.a.O., S. 594). Sie absolvierte lediglich einen Lehrgang Make-Up Artist an einer Privatschule in Zürich (Urk. 7/105/5), auch wenn dessen Diplom vom Visagisten Verband der Schweiz anerkannt zu sein scheint (Urk. 15 S. 8 m.H.). Es kann dem Kläger jedoch nicht gefolgt werden, der unter Hinweis auf das LinkedIn Profil der Beklagten geltend macht, sie verfüge über 25 Jahre Berufserfahrung (Urk. 15 S. 8). Die Beklagte gibt dort an, 1995 bis 1997 und dann ab 2011 wieder als Beauty Consultant gearbeitet zu haben (Urk. 7/105/5). Davon, dass die Beklagte bislang wohl lediglich vereinzelte Schminkaufträge hat verzeichnen können, zeugt die noch gemeinsam ausgefüllte Steuererklärung 2015. Die Beklagte versteuerte damals gerade einmal ein Einkommen von Fr. 4'038.– jährlich bzw. 336.50 monatlich (Urk. 7/2/3). Sie selber macht geltend, sie könne in dieser Branche höchstens ein Nettomonatssalär von Fr. 3'719.– erzielen (Urk. 11 S. 10). Die Beklagte, welche sich offenbar ein zweites Standbein als Beauty Consultant und mit dem Vertrieb von Make up-Produkten aufzubauen versucht, ist darauf angewiesen, ihren Werdegang und ihre Persönlichkeit aus Werbegründen im Internet und auf Social Media-Plattformen möglichst positiv darzustellen (Urk. 11 S. 10). Die entsprechenden Einträge müssen daher mit entsprechender Zurückhaltung gewürdigt werden (vgl. auch Urk. 7/105/5 und Urk. 7/62 S. 18). Die Beklagte verfügt auch über keine eigentliche Ausbildung in der Versicherungsbranche, sie ist dort als "Financial Services Consultant" tätig und durchlief eine Kurzausbildung "on the job" (vgl. Urk. 7/65/9 und 7/105/5). Davon, dass es der Beklagten an Erfahrung fehlt, zeugt auch die geringe Anzahl vermittelter Geschäfte (ein Abschluss im Zeitpunkt der Berufungsantwort). Entgegen den vom Kläger bei der Salariumsrechnung zugrunde gelegten Parametern ist die Beklagte damit weder Versicherungsagentin, noch verfügt sie über eine betriebswirtschaftliche oder kaufmännische Ausbildung. Hinzu kommt, dass die Deutschkenntnisse der Beklagten limitiert sind. Davon zeugt bereits die auf englisch geführte Korrespondenz der Parteien sowie dass alle Verhandlungen vor Vorinstanz verdolmetscht werden mussten. Dies bedeutet eine wesentliche Beschränkung im Einsatzgebiet

- 26 - der Beklagten auf englischsprachige Kunden, ist doch gerade bei der Vermittlung von Versicherungen die fließende Beherrschung der (mündlichen) Sprache besonders wichtig. Zu Recht macht der Kläger geltend, da kein Motivationsschreiben der Beklagten vorliege, sei unklar, ob sie die Stellensuche seriös und den qualitativen Anforderungen entsprechend betrieben habe. Gerade deshalb wurde ihr jedoch vor Vorinstanz ein hypothetisches Einkommen angerechnet. Zudem sind von früheren Bewerbungen verschiedene Absagen dokumentiert (Urk. 7/65/14, Urk. 7/107/4a). Dass sich zwei der angeschriebenen Firmen positiv zum Lebenslauf der Beklagten äusserten, dürfte auch – wenn nicht gar primär – der Höflichkeit geschuldet gewesen sein (Urk. 7/65/14). Zutreffend ist schliesslich, dass ihr Bachelorabschluss von einem höheren Bildungsniveau und damit verbundenen intellektuellen Fähigkeiten zeugt (Urk. 15 S. 7). Nichtsdestotrotz verfügt sie über keinerlei berufliche Ausbildung für allgemeine Büro- und Sekretariatsarbeiten. Hinzu kommt, dass gerade im Bankenbereich einerseits in den letzten Jahren im Raum Zürich viele Bürostellen abgebaut worden sind und andererseits überdurchschnittlich viele gut qualifizierte (junge) Mitbewerber mit der Beklagten auf dem Stellenmarkt konkurrieren. Entgegen dem Kläger bedeutet der Umstand, dass die Beklagte das vorinstanzliche Urteil nicht angefochten hat, nicht, dass diese damit implizit anerkannte, dass sie als Assistentin tätig sein könne (Urk. 15 S. 8). Vielmehr akzeptierte sie das ihr hypothetisch angerechnete Einkommen – das notfalls auch mit einer unqualifizierten und damit leichter verfügbaren Anstellung z.B. im Detailhandel zu erzielen wäre. Zudem macht der Kläger geltend, auch im Berufungsverfahren bestreite die Beklagte nicht, als Assistentin in der Finanzbranche tätig sein zu können. Entsprechend seien ihr nach einer Übergangsfrist Fr. 5'450.– anzurechnen (Urk. 15 S. 8). Dem kann nicht gefolgt werden. Die Beklagte machte insbesondere geltend, die eingeräumte Übergangsfrist sei ihren besonderen persönlichen und beruflichen Verhältnissen angemessen. Sie versuche, sich in der Kosmetikindustrie ein zweites Standbein aufzubauen. Bestritten werde daher, dass die durch die Vorinstanz eingeräumte Übergangsfrist von sechs Monaten unangemessen sein solle. Die Vorinstanz habe das zumutbare Einkommen korrekt festgesetzt (Urk. 11 S. 10 f.). Die Beklagte geht somit sinngemäss davon aus, dass sie das hypothetisch angerechnete Einkommen in der

- 27 - Kosmetikindustrie verdienen wird. Schliesslich hatten die Parteien bzw. die Vorinstanz schon verschiedentlich Gelegenheit, sich mit dem Einkommen der Beklagten zu befassen. In der dem Urteil vom 16. März 2017 zugrunde liegenden Eheschutzvereinbarung hielten die Parteien ein monatliches Nettoeinkommen für ein 50 %-Pensum von Fr. 1'578.– fest (LE190017 Urk. 7/72). Schliesslich bezifferte die Vorinstanz in ihrem Abänderungsurteil das Einkommen der Beklagten auf 1'590.– (LE190017 Urk. 135 Dispositiv-Ziffer 5), was unangefochten blieb. Da die Parteien nach wie vor miteinander verheiratet sind und es um die Festsetzung von ehelichem Unterhalt geht, sind die originär festgelegten Einkommenszahlen der Parteien der Ausgangspunkt für die Berechnung eines hypothetischen Einkommens. Der Kläger legt (soweit ersichtlich) nicht dar, weshalb die Beklagte (auf ein 100 %-Pensum gerechnet) plötzlich massiv mehr verdienen können soll, als in den beiden bisherigen Eheschutzurteilen. Ausgehend von der Berufserfahrung der Beklagten erscheint es am Realistischen, dass sie als Make up-Artistin eine 100 %-Stelle finden kann. Für diesen Bereich ermittelte die Vorinstanz korrekt ein hypothetisches Einkommen von Fr. 3'700.– netto pro Monat (s. die obigen Angaben aus dem Lohnbuch 2019; vgl. Urk. 13). Es ist daran zu erinnern, dass die Beklagte über keinen Berufsabschluss in dieser Branche verfügt. Schliesslich ist die von der Vorinstanz gewährte Übergangsfrist von gut einem halben Jahr angesichts der aufgezeigten Schwierigkeiten,

mit denen die Beklagte bei der Stellensuche konfrontiert ist, und angesichts der guten finanziellen Verhältnisse der Parteien nicht zu beanstanden.

E. 3.4

Der Kläger moniert zudem, es sei aktenwidrig, dass für den Bedarf von D._____ keine Änderungen geltend gemacht worden seien. Er habe an der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 17. April 2018 (recte: 2019) die Bedarfswerte aller Familienmitglieder ausgehend von der Bedarfsaufstellung im Abänderungsfall aufgeführt, wobei er die Änderungen gelb markiert habe. Bei D._____ seien folgende Positionen gelb markiert gewesen: Krankenkasse Fr. 77.80, Gesundheitskosten Fr. 140.– und Hobbies Fr. 420.– (unter Verweis auf Urk. 7/104 S. 8). Die um 120.– erhöhten Gesundheitskosten fielen infolge der Therapie bei Frau N._____ an (unter Verweis auf Urk. 104 S. 9). Diese Kosten - 28 - seien auch bei C._____ berücksichtigt worden (unter Verweis auf Urk. 2 E. 6.7.2.). Entgegen der Beklagten (Urk. 11 S. 11) hat der Kläger ein Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der von ihm gerügten Bedarfspositionen, auch wenn die Beklagte mangels finanzieller Leistungsfähigkeit derzeit nicht in der Lage ist, Kinderunterhalt zu bezahlen. Denn die Höhe des Bedarfs von D._____ kann Einfluss auf die Höhe der persönlichen Unterhaltsbeiträge der Beklagten haben (so der Kläger: Urk. 15 S. 9). Die Vorinstanz stellte aktenwidrig fest, dass der Kläger bezüglich Unterhalt von D._____ keine Änderungen geltend gemacht habe. Der Kläger machte vor Vorinstanz unter Hinweis auf die drei geänderten Bedarfspositionen einen Bedarf von D._____ von Fr. 1'925.30 geltend (Urk. 7/104 S. 8). Auch wenn der Bedarf von D._____ erst im Februar 2019 neu berechnet worden war und vom Kläger unangefochten blieb, sind die belegten Krankenkassenprämien von Fr. 77.80 (Urk. 7/105/7) anzupassen. Gleiches gilt für die Gesundheitskosten von insgesamt Fr. 140.–, wurden diese belegten Kosten doch auch bei C._____ – trotz Bestreitung durch die Beklagte (Urk. 7/106 S. 17) – berücksichtigt (vgl. Urk. 2 E. 6.7.3, und blieben von der Beklagten berufungshalber bei ihm unbeanstandet). Da der Kläger in der Berufungsschrift erklärte, die von der Vorinstanz eingesetzten Fr. 400.– Hobbykosten würden akzeptiert (Urk. 1 S. 18), hat es mit diesem Betrag sein Bewenden. Demgemäss beträgt der Barbedarf von D._____ gerundet Fr. 1'905.– (Barbedarf gemäss Urteil vom 22. Februar 2019: Fr. 1'780.–, basierend auf Krankenkassenprämien von Fr. 72.40 und Gesundheitskosten von Fr. 20.–; LE190017 Urk. 135 E. 6.6.4.).

E. 3.5

Schliesslich rügt der Kläger bei der Festsetzung des Ehegattenunterhalts eine Verletzung der Dispositionsmaxime. Die Vorinstanz habe den zuletzt gelebten ehelichen Lebensstandard der Beklagten nicht festgestellt. Stattdessen habe die Vorinstanz nur festgehalten, die Parteien hätten nicht den vollständigen gebührenden Bedarf geltend gemacht; beispielsweise hätten sie im erweiterten Bedarf allfällige Zahlungen für die 3. Säule sowie Kosten für Ferien und Freizeitbeschäftigung nicht geltend gemacht (mit Verweis auf Urk. 2 E. 6.10.3.). Danach habe die Vorinstanz den ganzen Überschuss verteilt. Die anwaltlich vertretene

- 29 - Beklagte habe jedoch ausführen lassen, ihr Bedarf belaufe sich auf Fr. 4'595.45 (recte: 4'592.45 [Urk. 7/106 S. 16]) zuzüglich Vorsorgeunterhalt. Dabei habe sie nicht benannt, ob es sich um den Notbedarf, den erweiterten oder den gebührenden Bedarf handle. Angesichts der miteinbezogenen Positionen handle es sich zumindest um den erweiterten Bedarf. Zur Deckung ihres Bedarfs habe die Beklagte von dem von ihr errechneten

Freibetrag von Fr. 3'245.45 einen Anteil von Fr. 123.– beansprucht (unter Verweis auf Urk. 7/106 S. 19). Entsprechend gehe sie von einem gebührenden Bedarf von Fr. 4'715.45 aus, worauf sie zu behaften sei. Zudem wäre es an der Beklagten gewesen, ihren gebührenden Bedarf zu substantiieren, was sie im Fr. 4'715.45 übersteigenden Betrag nicht gemacht habe. Das Gericht könne ihr nicht mehr zusprechen, als sie verlangt habe. Die Vorinstanz sei in Verletzung der Dispositionsmaxime in einer ersten Phase von einem gebührenden Bedarf von Fr. 4'993.80 und in einer zweiten Phase von Fr. 5'610.– ausgegangen. Ausgehend von ihrem aktuellen Einkommen von Fr. 1'833.– seien ihr in der ersten Phase maximal Fr. 2'885.– Unterhalt zuzusprechen. Ab dem 1. Oktober 2019 könne die Beklagte mit ihrem Einkommen von Fr. 5'450.– ihren gebührenden Bedarf selber decken. Ausgehend von dem der Beklagten von der Vorinstanz hypothetisch angerechneten Einkommen von Fr. 3'700.– hätten ihr noch rund Fr. 1'015.– zugesprochen werden dürfen (Urk. 1 S. 19 f.). Zudem habe die Vorinstanz den Grundsatz, dass der zuletzt gelebte Lebensstandard die Obergrenze der Unterhaltspflicht bilde, verletzt. Den Parteien und den Kindern habe während der Ehe das Einkommen des Klägers von rund Fr. 12'200.– sowie ein Zusatzeinkommen der Beklagten von Fr. 336.50 zur Verfügung gestanden (mit Verweis auf Urk. 7/2/3). Bei Aufteilung nach grossen und kleinen Köpfen habe die Beklagte damit über rund Fr. 4'178.– verfügen können. Zudem habe die Beklagte nicht über eine "allfällige 3. Säule" verfügt, was sie auch nie behauptet habe. Die Auslagen für Ferien und Freizeitgestaltung seien weder von der Beklagten noch von der Vorinstanz substantiiert worden (Urk. 1 S. 20 f.). Bezüglich der persönlichen Unterhaltsbeiträge der Ehegatten gilt einerseits der Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO), andererseits die beschränkte Untersuchungsmaxime gemäss Art. 272 ZPO (Art. 276 ZPO in Verbindung mit Art. 271 lit. a und Art. 272 ZPO; BGer 5A_500/2015 vom 14. Oktober 2015,

- 30 - E. 3.4). Die Dispositionsmaxime besagt, dass das Gericht einer Partei nicht mehr oder nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt. Im Rahmen des Rechtsbehrens ist das Gericht allerdings nicht an dessen rechnerische Begründung gebunden, d.h. es kann die einzelnen Teilbeträge anders berechnen als die Partei, darf aber im Total nicht über das Rechtsbegehren hinausgehen (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, 2016, N 4.3). Der nach den Verhältnissen unmittelbar vor der Trennung zu bestimmende Lebensstandard bildet die Obergrenze des gebührenden Unterhalts. Der Unterhaltsbeitrag darf deshalb nicht dazu führen, dass der gebührende Unterhalt überschritten wird (Bähler, Unterhaltsberechnungen – von der Methode zu den Franken, FamPrach 2015 S. 271, 285 m.H.). Die Beklagte machte entgegen ihren Ausführungen im Berufungsverfahren vor Vorinstanz einen Bedarf von Fr. 4'592.45 geltend bei einem Gesamteinkommen von Fr. 13'932.60 und beantragte einen persönlichen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'122.–, wobei sie zusätzlich Fr. 123.– des von ihr errechneten Freibetrags von insgesamt Fr. 3'245.45 beanspruchte (Urk. 7/106 S. 16 und 19; vgl. ihre im Berufungsverfahren gemachten Ausführungen zu ihrem Freibetragsanteil: Urk. 11 S. 12 f.). Zwar verlangte die Beklagte gemäss ihrem Rechtsbegehren einen Unterhaltsbeitrag von mindestens Fr. 3'122.– (Urk. 7/106 S. 2). Rechtsbegehren sind jedoch im Lichte ihrer Begründung auszulegen und aus dieser geht nicht hervor, dass sie mehr als einen (erweiterten) Bedarf von Fr. 4'592.45 geltend machte und zusätzlich Fr. 123.– vom Freibetrag verlangte (Urk. 7/106 S. 19). Sinngemäss machte sie damit einen gebührenden Bedarf von Fr. 4'715.45 geltend. Damit resultiert für die erste Phase folgender Unterhaltsbeitrag an die Beklagte: gebührender Bedarf von Fr. 4'715.45 abzüglich Einkommen der Beklagten von Fr. 1'670.– (E. 3.3.1.a oben) ergibt gerundet Fr. 3'050.–.

Ent- gegen dem Kläger bildet der von der Beklagten geltend gemachte gebührende Bedarf von Fr. 4'715.45 jedoch in der zweiten Phase nicht die Obergrenze ihres Unterhaltsanspruchs (Urk. 15 S. 10). Die Beklagte macht geltend, ihrer (vor- instanzlichen) Unterhaltsberechnung lägen sowohl bei den jeweiligen Einkommen als auch bei den Bedarfen andere Zahlen zugrunde als den Berechnungen der Vorinstanz (Urk. 11 S. 12). Zutreffend ist, dass die vorinstanzliche Unterhaltsbe-

- 31 - rechnung für die Beklagte auf ihrer Erwerbstätigkeit von 60 % basierte (Urk. 7/106 S. 16). Da ihr ab dem 1. Januar 2020 ein 100 % Pensum angerechnet wird, ist der von ihr geltend gemachte gebührende Bedarf um Fr. 154.– zu erhöhen (Steuern: Fr. 360.– statt Fr. 300.–; auswärtige Verpflegung: Fr. 220.– statt Fr. 126.–; vgl. Urk. 2 E. 6.5.4.), d.h. er beträgt gerundet Fr. 4'870.–. Die von ihr zur Untermaue- rung ihres Anspruchs auf einen höheren Freibetragsanteil geltend gemachte Amortisation (von Fr. 508.30; Urk. 11 S. 12) wurde in ihrem Bedarf von der Vor- instanz bereits berücksichtigt (Urk. 2 E. 6.5.2. und 6.5.4.). Der Kläger schuldet der Beklagten somit in der zweiten Phase ab 1. Januar 2020 unter Berücksichtigung ihres hypothetischen Einkommens von Fr. 3'700.– einen monatlichen Unterhalt von Fr. 1'170.–. III.

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