

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE120044-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. M. Kriech  
und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin  
lic. iur. L. Stünzi

## Urteil vom 17. September 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Meilen vom 20. Juni 2012 (EE120015)**

### **Rechtsbegehren:**

- " 1. Von der Berechtigung der Parteien zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes im Sinne von Art. 175 Abs. 1 ZGB sei Vormerk zu nehmen.
2. Die aus der Ehe der Parteien hervorgegangenen Kinder C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2000, D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2002, und E.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2002, seien für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes unter die Obhut der Klägerin und Mutter zu stellen.
3. Es seien richterliche Anordnungen für die Modalitäten betreffend persönlichen Verkehr der Kinder mit dem Vater zu treffen.
4. Die Wohnung an der ..., F.\_\_\_\_\_, sei samt Hausrat und Mobiliar für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes der Klägerin zur Benützung durch sie und die Kinder zuzuweisen.
5. Der Beklagte sei mit Wirkung ab 16. Januar 2012 gestützt auf Art. 163 und 175 ZGB zu verpflichten, der Klägerin für sie persönlich und die Kinder angemessene Unterhaltsbeiträge zu entrichten.
6. Gestützt auf Art. 175 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB sei die Gütertrennung anzuordnen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

### **Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen:**

1. Von der Berechtigung der Parteien zum Getrenntleben wird Vormerk genommen.
2. Die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2000, sowie D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2002 werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
3. Die Vereinbarung der Parteien über die Regelung des Besuchsrechts wird wie folgt genehmigt.

#### **"Besuchsrecht (Art. 176 Abs. 3 und Art. 273 ff. ZGB)**

Der Gesuchsgegner verzichtet derzeit auf eine Fixierung des Besuchsrechts. Die Besuchsrechtsregelung soll mit fachlicher Unterstützung von Herrn Dr. phil. G.\_\_\_\_\_ ausgearbeitet werden. Als Zielvorstellung gilt ein Besuchsrecht mit folgendem Inhalt:

"Der Gesuchsgegner soll berechtigt sein, die Kinder

- jeweils jedes zweite Wochenende
- ferner jeweils an zweiten Tag der gesetzlichen Doppelfeiertage (Weihnachten, Neujahr)
- sowie in den Jahren mit ungerader Zahl von Karfreitag bis Ostermontag und in solchen mit gerader Zahl von Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem soll der Gesuchsgegner berechtigt sein, die beiden Kinder während der Schulferien für die Dauer von 3 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

Weitergehende Absprachen bleiben vorbehalten."

Diese Regelung gilt für die Dauer der eheschutzrichterlichen Trennung von zwei Jahren."

4. Zwischen den Parteien wird mit Wirkung ab dem 13. März 2012 die Gütertrennung angeordnet.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt der Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von je CHF 1'200.-- zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, erstmals rückwirkend per 1. Februar 2012.
6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sich persönlich folgende monatliche, im Voraus je auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
  - a) ab 1. Februar 2012 bis 30. September 2012 CHF 4'460.--,
  - b) ab 1. Oktober 2012 CHF 4'720.--.
7. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin die Hälfte der anfallenden Kosten für die Zahnbehandlung von D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ nach Abzug des durch die Versicherung gedeckten Betrages innert 10 Tagen nach Vorlage der Belege zu ersetzen.
8. Der Antrag auf Zuweisung der ehelichen Wohnung wird als durch Vergleich erledigt abgeschrieben.
9. Die übrigen Anträge der Parteien werden abgewiesen.
10. (Kosten)
11. Die Kosten des Verfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

12. Die gegenseitigen Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
13. (Mitteilung)
14. (Rechtsmittel)

### **Berufungsanträge:**

#### Des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 33):

- "1. Dispositiv Ziffer 6 des Urteils vom 20. Juni 2012 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen, Geschäfts-Nr. EE120015-G, sei aufzuheben und der Berufungskläger sei zu verpflichten, der Berufungsbeklagten für sich persönlich folgende monatliche im Voraus je auf den 1. eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
  - Fr. 3'431.00 ab 1. Februar 2012 bis 30. September 2012
  - Fr. 1'791.00 von da an bis längstens 30. September 2018;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. 8% MwSt) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

#### Der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 41):

- " Die Berufung des Gesuchsgegners und Berufungsklägers vom 5. Juli 2012 gegen das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 20. Juni 2012 sei vollumfänglich abzuweisen,  
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners und Berufungsklägers."

### **Erwägungen:**

#### I.

1. Die Parteien standen vor Vorinstanz seit März 2012 in einem Eheschutzverfahren (Urk. 1). Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 11. Juni 2012 schlossen die Parteien eine Teilvereinbarung betreffend das Getrenntleben, die Kinderbelange (Obhut, Besuchsrecht), die Zuteilung der eheli-

chen Wohnung und die Gütertrennung (Urk. 27). Am 20. Juni 2012 fällt die Vorinstanz sodann das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 34).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) mit Eingabe vom 5. Juli 2012 innert Frist Berufung, wobei er die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 33). Die Berufungsantwort der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchstellerin) datiert vom 28. August 2012 und enthält die ebenfalls eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 41).

## II.

### 1. Vorbemerkungen

1.1 Auf das vorinstanzliche Verfahren wie auch auf das Rechtsmittelverfahren ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) anwendbar.

1.2 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind einzig die Unterhaltsbeiträge an die Gesuchstellerin persönlich, während die übrigen Regelungen zum Getrenntleben der Parteien unangefochten blieben. Gemäss Art. 272 ZPO gilt in eherechtlichen Summarverfahren der Untersuchungsgrundsatz. Dies bedeutet, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und grundsätzlich nicht an die Parteivorbringen gebunden ist (DIKE-Komm-ZPO, Art. 272 N 109). Betreffend die Bindung an die Parteianträge gilt für die Belange der Ehegatten untereinander indes die Dispositionsmaxime (DIKE-Komm-ZPO, Art. 272 N 105, Art. 58 Abs. 1 ZPO). Dies bedeutet, dass das Gericht – auch im Rechtsmittelverfahren – an die Parteianträge gebunden ist. Das Gericht kann mithin weder mehr zusprechen, als eine Partei verlangt, noch weniger, als eine Partei anerkannt hat.

1.3 Noven sind im Berufungsverfahren gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zulässig.

1.4 Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

## 2. Erwerbseinkommen der Gesuchstellerin

2.1 Die Vorinstanz hat bezüglich der Zumutbarkeit zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch die Gesuchstellerin erwogen, dass ihr eine solche aufgrund der Kinderbetreuung im Entscheidzeitpunkt nicht zugemutet werden könne. Die Gesuchstellerin habe drei Kinder zwischen zehn und zwölf Jahren zu betreuen, womit es in Anbetracht des grossen Betreuungsaufwandes als verfrüht erscheine, ihr bereits ab Vollendung des zehnten Lebensjahres der Zwillinge im Herbst 2012 den Wiedereinstieg ins Berufsleben zuzumuten. Die Festsetzung eines hypothetischen Einkommens und damit eine Umstossung der gelebten ehelichen Strukturen im Rahmen eines Eheschutzverfahrens sei in Anbetracht der nunmehr geltenden kurzen, zweijährigen Trennungsfrist nur in klaren Fällen angezeigt. In allen anderen Fällen sei der Entscheid betreffend Verpflichtung zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit dem Scheidungsrichter zu überlassen (Urk. 34 S. 13 f.).

2.2 Der Gesuchsgegner macht in seiner Berufung geltend, der Umstand, dass die Gesuchstellerin drei Kinder zu betreuen habe, sei nicht derart aussergewöhnlich, dass es sich rechtfertigen würde, von den bundesgerichtlichen Richtlinien (betreffend Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bei Vollendung des 10. Lebensjahres durch das jüngste Kind) abzuweichen, zumal in der Gemeinde F. \_\_\_\_\_ Blockzeiten gelten würden und eine schulische Tagesbetreuung in Form eines Mittagstisches angeboten werde. Aufgrund der Ausbildung der Gesuchstellerin und ihrer früheren Tätigkeit als Anwaltssekretärin sei es der Gesuchstellerin zumutbar, ab Oktober 2012 bei einem Tätigkeitsgrad von 50% ein Nettoeinkommen von Fr. 3'000.– zu erzielen (Urk. 33 S. 5 f.).

Die Gesuchstellerin bringt diesbezüglich vor, ihr sei die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit entsprechend den vorinstanzlichen Erwägungen nicht zumutbar. Abgesehen vom grossen Betreuungsaufwand, welchen eine alleinerziehende Mutter dreier Kinder im fraglichen Alter ohnehin zu leisten habe, werde die schwierige Situation noch durch gesundheitliche Beeinträchtigungen der Kinder in Form von Ohnmachtsanfällen und Zuständen von Bewusstlosigkeit aggraviert.

Die Notwendigkeit einer engmaschigen Betreuung der Kinder durch die Mutter sei demnach ohne viele Worte ausgewiesen (Urk. 41 S. 6 ff.).

2.3 Entsprechend den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen rechtfertigt es sich, bei der eheschutzrichterlichen Unterhaltsermittlung die Grundsätze des nahehelichen Unterhalts miteinfließen zu lassen, wenn mit einer Wiedervereinigung der Parteien nicht zu rechnen ist (Urk. 34 S. 13). Das Ziel der wirtschaftlichen Selbstständigkeit gewinnt in einer solchen Konstellation an Bedeutung (BGE 128 III 65 Erw. 4). Der Wiedererlangung dieser wirtschaftlichen Selbstständigkeit kann aber die Betreuung von Kindern entgegenstehen. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung Grundsätze zur Frage entwickelt, in welchem Mass die Kinderbetreuung bei der Beurteilung der Erwerbsfähigkeit des betreuenden Elternteils zu berücksichtigen ist. Danach ist von einer vollen Erwerbsfähigkeit auszugehen, wenn das jüngste Kind das 16. Altersjahr vollendet hat (BGE 115 II 427 Erw. 5; BGE 115 II 6 Erw. 3b). Die Aufnahme einer Teilzeitarbeit im Umfang von 30-50% ist bereits dann zumutbar, wenn das jüngste Kind mit zehn Jahren dem Kleinkindalter entwachsen ist (BGE 115 II 6 Erw. 3c). Die Lehre hat sodann stets darauf hingewiesen, dass die Anzahl der Kinder und die damit verbundene erhöhte Belastung eine Verschiebung der Altersgrenze bewirken könne. Bei der Betreuung von mehr als zwei Kindern unter 16 Jahren wird eine Erwerbstätigkeit generell als unzumutbar erachtet (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, S. 261 f.; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, Rz 05.77; PraxKomm/Schwenzer, Art. 125 N 59; BSK ZGB I-Gloor/Spycher, Art. 125 N 10). Das Bundesgericht hat sich in seiner Rechtsprechung dieser Ansicht angeschlossen (BGer 5A\_210/2008 vom 14. November 2008, Erw. 3.3; BGer 5C.282/2002 vom 27. März 2003, Erw. 7). Demnach kann einem Elternteil, welcher mehr als zwei Kinder unter 16 Jahren zu betreuen hat, die Aufnahme einer (auch nur) Teilzeiterwerbstätigkeit nicht zugemutet werden. Die Gesuchstellerin übernimmt zur Zeit die Kinderbetreuung für die gemeinsamen Kinder C. \_\_\_\_\_ (12 Jahre), D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ (beide 9 Jahre). Entsprechend der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der gefestigten Lehre kann somit von der Gesuchstellerin die Aufnahme einer Erwerbs-

tätigkeit nicht verlangt werden. Der Hinweis des Gesuchsgegners auf die Möglichkeit der Fremdbetreuung (Urk. 33 S. 5 f.) vermag sodann an dieser Betrachtungsweise nichts zu ändern. Das Bundesgericht hat in seiner Entscheidung vom 14. November 2008 klar zum Ausdruck gebracht, dass die unmittelbare persönliche Betreuung und Pflege der Kinder deren Interesse diene und ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Zuteilung der elterlichen Sorge sei, woran die oftmals von den finanziellen Gegebenheiten diktierte Lebenswirklichkeit nichts zu ändern vermöge (BGer 5A\_210/2008, Erw. 3.2). Die Vorbringen des Gesuchsgegners bezüglich Blockzeiten und der Möglichkeit der schulischen Tagesbetreuung geben somit keinen Anlass, von den durch Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen abzuweichen.

### 3. Erwerbseinkommen des Gesuchsgegners

3.1 Die Vorinstanz hat dem Gesuchsgegner bei der Ermittlung seiner Leistungsfähigkeit neben seinem Erwerbseinkommen aus unselbständiger Tätigkeit bei der ... seine Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit angerechnet. Sie begründet dies damit, dass zwar grundsätzlich keine Pflicht zur Leistung einer Nebentätigkeit bestehe, aber ein Nebenerwerb zur Leistungsfähigkeit herangezogen werden könne, wenn dieser seit längerer Zeit ausgeübt worden und zumutbar und zur Deckung des gebührenden Lebensstandards notwendig sei. Da der leicht erweiterte Notbedarf der Parteien von rund Fr. 12'000.– mit dem Nettoeinkommen des Gesuchsgegners aus unselbständiger Tätigkeit (Fr. 11'025.–) nicht gedeckt sei und er der Nebenerwerbstätigkeit seit drei Jahren und damit seit längerer Zeit nachgehe, rechtfertige sich eine Berücksichtigung der entsprechenden Einkünfte (Urk. 34 S. 15).

3.2 Hiergegen bringt der Gesuchsgegner in seiner Berufung vor, es sei nur sein Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit anzurechnen, da niemand dazu verpflichtet werden könne, einem Arbeitspensum von mehr als 100% nachzugehen. Zum einen sei der anerkannte Bedarf der Gesuchstellerin von Fr. 7'031.– gedeckt und der Einbezug der Nebenerwerbstätigkeit damit nicht notwendig (nachstehend Erw. 3.3.b). Zum anderen sei die Erzwingung des Nebenverdiens-

tes unzumutbar, weil somit dem Gesuchsgegner während einer Dauer von mehr als zwei Jahren ein Arbeitspensum von rund 133% abverlangt würde (nachstehend Erw. 3.3.c). Überdies stelle die von der Vorinstanz in diesem Umfang geforderte Nebenerwerbstätigkeit faktisch eine Verpflichtung zu Schwarzarbeit dar, weil eine solche einen Verstoss gegen die arbeitsrechtliche Treuepflicht des Gesuchsgegners darstelle und zur sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei der ... führen würde (nachstehend Erw. 3.3.d) . Zur Verdeutlichung der Unzumutbarkeit führt der Gesuchsgegner sodann den Median des primären Äquivalenzeinkommens von Personen in Erwerbshaushalten an, welcher im Jahr 2009 Fr. 5'076.– betragen habe. Die Vorinstanz erwarte nun, dass er ein zusätzliches Erwerbseinkommen in der Höhe von 80% dessen erziele, was der Median der Schweizer Bevölkerung im Jahr 2009 verdient habe (nachstehend Erw. 3.3.e). Schliesslich sieht der Gesuchsteller die Grenze der Zumutbarkeit des Einbezugs der Einkünfte aus der Nebenerwerbstätigkeit vollends überschritten, wenn der aus dieser überobligatorischen Nebentätigkeit erwirtschaftete Überschuss auf die beiden Parteien verteilt wird und der Gesuchsgegner damit faktisch verpflichtet werde, mittels überobligatorischem Arbeitseinsatz zugunsten der Gesuchstellerin einen Sparbetrag zu äufnen (nachstehend Erw. 3.3.f); (Urk. 33 S. 3 ff.).

Die Gesuchstellerin führt diesbezüglich aus, die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach die Einkünfte aus einer Nebenerwerbstätigkeit zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit heranzuziehen seien, wenn dies zur Beibehaltung des gebührenden Lebensstandards notwendig sei und der zusätzliche Arbeitseinsatz bereits über längere Zeit erbracht worden sei, seien nicht zu beanstanden. So werde dem Gesuchsgegner durch die Vorinstanz weder eine Verpflichtung noch eine Forderung auferlegt, in irgendeinem Rahmen eine Nebentätigkeit auszuüben. Die Vorinstanz habe bloss festgestellt, dass das vom Gesuchsgegner seit drei Jahren und mithin regelmässig und freiwillig erzielte Nebeneinkommen bei der Festlegung seiner Unterhaltsverpflichtung und im Rahmen der Sicherstellung des gelebten Standards seiner Familie zu berücksichtigen sei. Es würde stossend sein und dem Gedanken der Unterhaltsverpflichtung für die Familie und der gerechten Verteilung der dabei zur Verfügung stehenden Mitteln geradezu ins Gesicht schlagen,

wenn dem Gesuchsgegner die aus seiner regelmässig und freiwillig ausgeführten Erwerbstätigkeit zufließenden Einkünfte alleine zukommen würden. Sodann sei der Vorwurf, die Vorinstanz zwingt den Gesuchsgegner faktisch zu einer Verletzung seiner arbeitsrechtlichen Treuepflicht, mit Unverständnis zur Kenntnis zu nehmen. Sollte der Gesuchsteller im Rahmen der Generierung von Nebeneinkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit seine arbeitsrechtliche Treuepflicht verletzen - wovon im Übrigen nicht auszugehen sei, da damit gerechnet werden könne, dass der Gesuchsteller bei einer Nebentätigkeit im vorliegenden Ausmass und den daraus resultierenden erheblichen Nebeneinkünften die rechtlichen Konsequenzen abgeklärt habe, zumal er seine nebenberufliche Tätigkeit im vergangenen Jahr durch Gründung einer eintragungspflichtigen Handelsgesellschaft "öffentlich" gemacht habe -, tue er dies seit drei Jahren ohne irgendein Dazutun eines Dritten. Es könne ferner keine Rede davon sein, dass der Gesuchsgegner zur Äufnung eines Sparbetrages zu Gunsten der Gesuchstellerin verpflichtet worden sei. Im vorinstanzlichen Entscheid seien Positionen wie Ferien sowie Kosten für die ärztliche Behandlung von Krampfadern, welche ohne Zweifel zum gelebten Standard der Parteien zu zählen seien, nicht berücksichtigt worden, mit der Begründung, diese Ausgaben habe die Gesuchstellerin aus dem Freibetrag zu finanzieren (Urk. 41 S. 3 ff.).

3.3. a) Hinsichtlich der rechtlichen Voraussetzungen über die Anrechenbarkeit eines bisher ausgeübten Nebenerwerbs hat bereits die Vorinstanz zutreffend festgestellt, dass eine *bisherige*, zur Erfüllung der finanziellen Verpflichtungen *notwendige* Nebenerwerbstätigkeit berücksichtigt werden kann, wenn die Weiterführung derselben als *zumutbar* erachtet wird (Urk. 34 S. 15).

b) Die Rügen des Gesuchsgegners stossen vor diesem Hintergrund ins Leere. Entgegen seiner Ausführung ist der Bedarf der Parteien mit seinem Erwerbseinkommen aus unselbständiger Arbeit nicht gedeckt. Der vom Gesuchsgegner in der Berufung ausdrücklich anerkannte Bedarf der Gesuchstellerin beträgt Fr. 7'031.– bzw. ab 1. Oktober 2012 Fr. 7'431.– (Urk. 34 S. 9; Urk. 33 S. 4), während der ebenfalls unbestritten gebliebene Bedarf des Gesuchsgegners Fr. 5'154.– ausmacht (Urk. 34 S. 9). Dies entspricht einem Gesamtbedarf von

Fr. 12'185.– bzw. ab 1. Oktober 2012 Fr. 12'585.–. Das durchschnittliche Nettoeinkommen des Gesuchsgegners aus unselbständiger Erwerbstätigkeit betrug in den Jahren 2009 und 2010 gemäss den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen Fr. 11'025.– (exkl. Kinderzulagen), womit der gebührende Familienunterhalt nicht gedeckt werden kann (Urk. 34 S. 14 f.). Der Gesuchsgegner macht sodann im Rahmen der Berufung geltend, dass er im Jahr 2012 ein Einkommen von rund Fr. 11'680.– (inkl. Kinderzulagen) und somit Fr. 10'890.– exklusive Kinderzulagen erwirtschaftet, womit der Bedarf der Familie umso weniger gedeckt ist. Die Berücksichtigung der Nebenerwerbstätigkeit ist somit zur Deckung des Bedarfs der Parteien notwendig. In Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 34 S. 15) ist dem Gesuchsgegner sein seit längerer Zeit generierter Verdienst aus der Nebenerwerbstätigkeit somit anzurechnen, falls es ihm zumutbar ist, diese weiter auszuführen (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., S. 267; Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz. 01.35; BK-Spühler/Frei-Maurer, Art. 145 N 148; ZK-Bräm/Hasen-böhler, Art. 163 N 82; BGer 5P\_469/2006 vom 4. Juli 2007).

c) Das Vorbringen des Gesuchsgegners, es sei unzumutbar, ihm ein Arbeitspensum von 133 Stellenprozent abzuverlangen, verfährt nicht. So macht der Gesuchsgegner nicht geltend, er sei mit dem Arbeitsmass überfordert oder eine Bewältigung desselben sei nicht möglich. Der pauschale Verweis, ein Arbeitspensum von 133% sei unzumutbar, ist indes ungenügend. Der Umstand, dass in der Literatur als klassische Beispiele von Nebentätigkeiten kleinere Arbeiten wie Aushilfstätigkeit an einem freien Samstag, Hauswarttätigkeit am Feierabend sowie das Austragen einer Zeitung vor Arbeitsbeginn, nicht jedoch anspruchsvollere Tätigkeiten im Rahmen eines selbständigen Erwerbs mit grösserem Pensum genannt werden, kann selbstredend nicht dazu führen, dass das vom Gesuchsgegner mit der bisherigen Tätigkeit erzielte Nebeneinkommen bei der Ermittlung seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von vorneherein zwingend ausser Acht zu lassen ist. Nicht von ungefähr postuliert das Eherecht den Grundsatz, wonach ein jeder nach seinen Kräften an den gebührenden Unterhalt der Familie beizutragen habe (Art. 163 ZGB). Hierbei bestimmen die individuellen Kräfte, die physische und psychische Leistungsfähigkeit die obere Grenze der

Beitragspflicht (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 N 23). Vorliegend geht es sodann nicht um die Neuaufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit, sondern schlicht um die Weiterführung einer seit mehreren Jahren ausgeübten Nebenerwerbstätigkeit. Aus der Tatsache, dass der Gesuchsgegner seiner Nebenerwerbstätigkeit bereits seit dieser langen Zeit nachgeht und dieses Arbeitspensum somit über eine längere Periode bewältigt hat und dies auch zum jetzigen Zeitpunkt tut, erhellt, dass es für den Gesuchsteller durchaus zumutbar ist, ein solches Pensum zu erfüllen. Hinzu kommt, dass er die 33 Stellenprozente aus einem Vergleich des Einkommens aus unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit berechnet hat. Damit ist aber nichts über die effektive zeitliche Belastung aufgrund der Nebentätigkeit gesagt.

d) Das vom Gesuchsgegner angeführte Argument, die Vorinstanz verpflichte ihn faktisch zur Schwarzarbeit, indem sie von ihm die Ausführung einer Nebenerwerbstätigkeit verlange, ist sodann zu verwerfen. Zum einen handelt es sich bei dem Vorbringen, der Gesuchsgegner müsse aufgrund seiner überdurchschnittlichen Funktionsstufe und seines firmenspezifischen Wissens eine erhöhte Treuepflicht beachten, um eine neue Behauptung. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur noch zu berücksichtigen, wenn sie - kumulativ - ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Tatsache, dass es sich beim Eheschutzverfahren um ein summarisches Verfahren handelt und nach Art. 272 ZPO der Untersuchungsgrundsatz gilt, ändert daran nichts. Die entscheidende Kammer hat sich bereits mehrfach mit dieser Problematik auseinandergesetzt und entschieden, dass in zweiter Instanz Noven nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind, dies auch dann, wenn der Sachverhalt wie im vorliegenden Fall von Amtes wegen festzustellen ist (vgl. dazu insb. ZR 110 Nr. 96, m.w.H., insb. den dortigen Hinweis auf BGE 107 II 233 Erw. 3 und BGE 118 II 50 Erw. 2a, sowie ZR 111 Nr. 35). Der Nebenerwerb des Gesuchsgegners war indes bereits vor Vorinstanz ausführlich thematisiert worden, ohne dass sich der Gesuchsgegner auf eine drohende Verletzung seiner Treuepflicht berufen hätte. Das Arbeits-

verhältnis zur ... bestand jedoch bereits zu diesem Zeitpunkt und es kann davon ausgegangen werden, dass auch die Funktionsstufe und das fachspezifische Wissen des Gesuchsgegners im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Eheschutzverfahrens - welches lediglich wenige Monate zurückliegt - in derselben Form vorhanden war. Der obgenannten Praxis folgend ist das vom Gesuchsgegner mit der Berufung in das Verfahren eingebrachte Novum unzulässig und nicht zu beachten.

Überdies gilt es an dieser Stelle anzumerken, dass eine Berufung auf die Treuepflicht im vorliegenden Zusammenhang geradezu rechtsmissbräuchlich anmutet, nachdem der Gesuchsgegner der Nebenerwerbstätigkeit unbestrittenermassen seit einigen Jahren nachgeht, diese auch zum jetzigen Zeitpunkt ausübt und mit keinem Wort andeutet, diese in Zukunft zu unterlassen. Dass er nun ausgerechnet und ausschliesslich mit Bezug auf die Anrechnung an sein Einkommen im Eheschutzverfahren eine Verletzung seines Arbeitsvertrages befürchtet, kann nicht angehen und verdient keinen Rechtsschutz.

e) Was der Gesuchsgegner schliesslich mit der Berufung auf den Median des primären Äquivalenzeinkommens erreichen will, ist nicht ersichtlich. Die Beurteilung der Leistungsfähigkeit wie auch des Bedarfs der Parteien wird anhand des konkreten Einzelfalls vorgenommen und orientiert sich nicht an statistischen Durchschnittswerten. Aus der Tatsache, dass der Gesuchsgegner weit mehr verdient, als was der Durchschnitt der Schweizer Bevölkerung im Jahr 2009 erwirtschaftet hat, kann der Gesuchsgegner nichts zu seinen Gunsten ableiten.

f) Schliesslich geht auch der Einwand des Gesuchsgegners fehl, die Verteilung des mittels überobligatorischem Arbeitseinsatz erwirtschafteten Überschusses auf die Parteien überschreite die Grenze der Zumutbarkeit vollends, weil er dadurch verpflichtet werde, zu Gunsten der Gesuchstellerin einen Sparbeitrag zu äufnen. Ergibt die Gegenüberstellung von Einkommen und Gesamtbedarf einen Überschuss, sind also mehr Mittel vorhanden, als zur Deckung der unmittelbaren Lebenshaltungskosten gemäss ehelichem Standard notwendig sind, so ist dieser angemessen auf die Parteien zu verteilen. Eine angemessene Verteilung bedeutet in erster Linie, dass jede Partei im Endeffekt über einen ungefähr

gleichen finanziellen Spielraum verfügt. Diesbezüglich darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass bei der Bedarfsrechnung in der Regel bezüglich des Grundbetrages für Essen, Kleidung, Hygiene etc. mit den betriebsrechtlichen Existenzminima gerechnet wird, welche in Wirklichkeit für die Beibehaltung des bisher gelebten Lebensstandards nicht ausreichen. Die Überschussanteile müssen deshalb dafür verwendet werden, diese für die bisherige Lebenshaltung ungenügenden Grundbeträge auszugleichen (PraxKomm/Freivogel, Anh. UB N 70 ff.). Sodann hat die Vorinstanz ausdrücklich Positionen wie Ferien oder die Kosten für die ärztliche Behandlung von Krampfadern im Bedarf der Gesuchstellerin nicht berücksichtigt, in der Meinung, diese Ausgaben seien aus dem Freibetrag zu finanzieren (Urk. 2 S. 15). Die Beteiligung der Gesuchstellerin am Überschuss (notabene bloss im Umfang von 35% trotz Vierpersonenhaushalt) führt vor diesem Hintergrund nicht zur Äufnung eines Sparbetrags. Sodann macht der Gesuchsgegner nicht geltend, während des Zusammenlebens sei ein gewisser Teil seines Einkommens zur Vermögensbildung verwendet worden. Eine fehlende Sparquote während der Ehe bedeutet indes, dass das ganze Familieneinkommen dem Unterhalt der Familie zugeführt worden ist (BGer 5A\_213 vom 14. Juli 2009, Erw. 4.6) und sich der massgebende Lebensstandard der Familie daran misst. Von einer Unzumutbarkeit der vorinstanzlichen Überschussverteilung für den Gesuchsgegner kann vor diesem Hintergrund nicht die Rede sein.

3.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Gesuchsgegner die Weiterführung seiner Nebenerwerbstätigkeit zumutbar ist. Zwar gibt es in der Lehre kritische Stimmen, welche einen Anreizverlust für Mehrarbeitseinsätze befürchten, wenn diese zur Bestimmung der Leistungsfähigkeit herangezogen werden (vgl. Diethelm/Dolder, AJP 2003, Eheschutz (Art. 175 ff. ZGB) - ein aktueller Überblick, S. 659; Schwenger, FamKomm Scheidung/Aeschlimann-Bähler-Freivogel, Anh. UB, N 17). Dem Problem eines allfälligen Anreizverlustes hat die Vorinstanz aber genügend Rechnung getragen, indem sie den Überschuss zu 65% beim Gesuchsgegner belassen hat und ihm somit der Grossteil seines überobligatorischen Einsatzes zu Gute kommt (Urk 34 S. 17).

4. Zusammenfassend erweist sich die Berufung als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

### III.

Da der Gesuchsgegner mit seiner Berufung unterliegt, wird er kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 95 ZPO; Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung von §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b, 8 Abs. 1 und 12 GebV OG rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'000.– festzusetzen und der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.– zuzusprechen (§§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 3, 9 und 13 Anw-GebV). Mangels eines entsprechenden Antrages ist zur Parteientschädigung kein Mehrwertsteuersatz zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts vom 17. Mai 2006).

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 20. Juni 2012 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 17. September 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:

mc