

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE140065-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, die Oberrichter Dr. H. A. Müller und Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

Beschluss und Urteil vom 9. Februar 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 26. September 2014 (EE140025-G)

Rechtsbegehren:

Der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 1 und 16, sinngemäss):

1. Es sei der Gesuchstellerin das Getrenntleben zu bewilligen.
2. Die Familienwohnung an der C._____strasse ..., ... D._____, sei für die Dauer des Getrenntlebens samt Hausrat der Gesuchstellerin zuzuweisen.
3. Die beiden aus der Ehe der Parteien hervorgegangenen Kinder E._____, geboren am tt.mm.2000, und F._____, geboren am tt.mm.2004, seien unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
4. Es sei dem Gesuchsgegner ein gerichtsbliches Besuchsrecht einzuräumen.
5. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, für die gemeinsamen Kinder und die Gesuchstellerin persönlich angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.

Des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 13):

- "1. Die Familienwohnung an der C._____strasse ..., in ... D._____, sei für die Dauer des Getrenntlebens samt Hausrat dem [Gesuchsgegner] zuzuweisen.
2. Die beiden aus der Ehe der Parteien hervorgegangenen Kinder E._____, geboren am tt.mm.2000, und F._____, geboren am tt.mm.2004, seien unter die Obhut des Gesuchsgegners zu stellen.
3. Der Gesuchstellerin sei ein Besuchsrecht von jedem zweiten Wochenende einzuräumen.
4. Auf persönliche sowie auf Kindesunterhaltsbeiträge sei gegenseitig zu verzichten."

Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 26. September 2014

(Urk. 28 S. 27f.):

- "1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind und bereits seit 1. November 2013 getrennt leben.
2. Die gemeinsamen Kinder der Parteien, E._____, geboren am tt.mm.2000, und F._____, geboren am tt.mm.2004, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.

3. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, die gemeinsamen Kinder der Parteien
- jeweils am ersten und dritten Wochenende eines jeden Monats von Freitag, 18:00 Uhr, bis Sonntag, 18:00 Uhr
 - ferner jeweils am 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.

4. Ausserdem wird der Gesuchsgegner für berechtigt erklärt, die gemeinsamen Kinder während der Schulferien für die Dauer von 4 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Gesuchsgegner hat die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens sechs Wochen im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

5. Die eheliche Liegenschaft an der C._____strasse ..., ... D._____, samt Hausrat und Mobiliar wird der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benutzung zugewiesen.
6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens für die Kinder E._____ und F._____ Kinderunterhaltsbeiträge von je CHF 900.– pro Monat (zuzüglich allfälliger Kinder- und Familienzulagen) zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Monatsersten, rückwirkend ab 1. Juni 2014.
7. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens für sich persönlich Unterhaltsbeiträge von CHF 2'950.– pro Monat zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Monatsersten, rückwirkend ab 1. Juni 2014.

Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, die Kosten im Zusammenhang mit der ehelichen Liegenschaft gemäss den Erwägungen im Umfang von CHF 1'219.– selbst zu zahlen und entsprechend bei den Unterhaltsbeiträgen für die Gesuchstellerin persönlich in Abzug zu bringen.

Es wird davon Vormerk genommen, dass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin seit 1. Juni 2014 bereits Unterhaltsbeiträge in der Höhe von CHF 3'029.15 für den Monat Juni 2014 und CHF 2'513.90 für den Monat Juli 2014 bezahlt hat.

8. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'000.–.

9. Die Gerichtskosten werden der Gesuchstellerin zu 1/5 und dem Gesuchsgegner zu 4/5 auferlegt.
10. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien keine Parteientschädigungen verlangt haben.
11. [Schriftliche Mitteilung].
12. [Berufung]."

Berufungsanträge:

Des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 27 S. 1f.):

- "1. Dispositivziffer 7 des angefochtenen Urteils vom 26. September 2014 des Bezirksgerichts Meilen sei aufzuheben und der Berufungskläger sei zu verpflichten, der Berufungsbeklagten für die Dauer des Getrenntlebens monatliche persönliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Monatsersten:
 - CHF 2'950 rückwirkend ab 1. Juni 2014 bis 5 Monate ab Rechtskraft des Obergerichtsurteils
 - CHF 2'500 ab dem 6. Monat nach Rechtskraft des Obergerichtsurteils.Sodann sei der Berufungskläger für berechtigt zu erklären, die Kosten im Zusammenhang mit der ehelichen Liegenschaft im Umfang von CHF 1'219 selbst zu bezahlen und entsprechend bei den Unterhaltsbeiträgen für die Berufungsbeklagte persönlich in Abzug zu bringen.
Weiter sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Berufungskläger der Berufungsbeklagten seit 1. Juni 2014 bereits Unterhaltsbeiträge in der Höhe von CHF 3'029.15 für den Monat Juni 2014 und CHF 2'513.90 für den Monat Juli 2014 bezahlt hat.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsbeklagten (zzgl. MwSt.)."

Der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 35 sinngemäss):

Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

Erwägungen:

I.

(Prozessgeschichte)

1. Mit Eingabe vom 5. Mai 2014 machte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) am 6. Mai 2014 bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren rechtshängig (Urk. 1). Am 7. Juli 2014 fand die (einmal verschobene) Hauptverhandlung statt (Urk. 16). Die anlässlich dieser Verhandlung geschlossene Trennungsvereinbarung (mit Widerrufsvorbehalt; Urk. 15) wurde vom inzwischen anwaltlich vertretenen Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) mit Eingabe vom 14. Juli 2014 fristgerecht widerrufen (Urk. 17). In der Folge wurden am 13. August 2014 die beiden gemeinsamen Kinder der Parteien angehört (Urk. 22). Die Gelegenheit, sich zur Kinderanhörung zu äussern, nahm keine der Parteien wahr (Urk. 23; Urk. 28 S. 3).

Mit Urteil vom 26. September 2014 fällte der Vorderrichter in der Folge den eingangs wiedergegebenen Eheschutzentscheid (Urk. 28).

2. Dagegen erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 3. November 2014 fristgerecht (vgl. Urk. 26/2) Berufung, womit er die eingangs erwähnten Anträge stellte (Urk. 27). Gemäss Präsidialverfügung vom 6. November 2014 wurde dem Gesuchsgegner Frist zwecks Leistung eines Vorschusses über Fr. 3'000.– für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens anberaumt (Urk. 32). Der Vorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Urk. 32 und Urk. 33). Mit Präsidialverfügung vom 1. Dezember 2014 wurde der Gesuchstellerin alsdann Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 34). Mit Zuschrift vom 10. Dezember 2014 beantwortete die Gesuchstellerin die Berufung fristwährend (Urk. 35). Schliesslich

wurde die Berufungsantwort mit Verfügung vom 16. Januar 2015 der Gegenseite zur Kenntnis gebracht (Urk. 36).

II.

(Prozessuales/Vorbemerkungen)

1. Betreffend die summarische Natur des vorliegenden Massnahmenverfahrens und insbesondere das Erfordernis der blossen Glaubhaftmachung der rechtserheblichen Tatsachen kann vorweg auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden. Im Streit liegen einzig die der Gesuchstellerin persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge. Es gilt daher die eingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 272 ZPO). Das Gericht hat im Geltungsbereich des Eheschutzverfahrens den Sachverhalt nicht von Amtes wegen zu erforschen, sondern lediglich festzustellen (vgl. Art. 272 ZPO). Es kann auch von den Parteien nicht vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel berücksichtigen. Der Grundsatz der eingeschränkten Untersuchungsmaxime dient allerdings weniger dem an einer umfassenden Wahrheitsfindung gerichteten öffentlichen Interesse, sondern der Unterstützung der schwächeren Partei. Man spricht daher auch von der sozialen Untersuchungsmaxime. Es geht primär um den Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien. Daraus folgt, dass sich das Gericht bei anwaltlich vertretenen Parteien (wie hier auf Seiten des Gesuchsgegners) bei der Feststellung des Sachverhalts wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten hat (Sutter-Somm/Vontobel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 2. A., Zürich Basel Genf 2013, N 12 und 14 zu Art. 272 mit weiteren Hinweisen).

2. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz (d.h. spätestens bis zum Abschluss der Hauptverhandlung, vgl. Art. 229 Abs. 1 ZPO) vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3. Den Erörterungen über die Berechnung der Unterhaltsbeiträge ist sodann vorzuschicken, dass dieser Entscheid nach Recht und Billigkeit getroffen

werden muss und nicht das Ergebnis exakter Berechnungen auf genauen Grundlagen darstellen kann (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 71-73 zu Art. 4 ZGB). Vielmehr ist der gebührende Unterhaltsbeitrag unter Beachtung der konkreten Umstände – insbesondere der wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten und der Bedürfnisse der Familie – festzusetzen (Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, N 21f. zu Art. 163 ZGB; Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 166ff. zu Art. 145a ZGB).

4. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Vorweg ist daher vorzumerken, dass das angefochtene Urteil vom 26. September 2014 in den nicht angefochtenen Dispositivziffern 1 (Getrenntleben), 2 (Obhut), 3 (persönlicher Verkehr), 4 (Ferienbesuchsrecht), 5 (Zuweisung eheliche Liegenschaft), 6 (Kinderunterhaltsbeiträge), 7 Absätze 2 und 3 (Berechtigerklärung Gesuchsgegner die Kosten im Zusammenhang mit der ehelichen Liegenschaft im Umfang von Fr. 1'219.– selbst zu zahlen und entsprechend bei den Unterhaltsbeiträgen für die Gesuchstellerin persönlich in Abzug zu bringen bzw. Vormerknahme bereits bezahlter Unterhaltsbeiträge), 8-10 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) rechtskräftig geworden ist (Urk. 27 S. 1 f.).

III.

(Materielles/Unterhaltsbeiträge)

1. Angefochten sind die der Gesuchstellerin persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge während des Getrenntlebens für die Zukunft. Dabei ist einzig die Anrechnung eines höheren hypothetischen Einkommens auf Seiten der Gesuchstellerin strittig. Nicht angefochten wurden die von der Vorinstanz ermittelten Bedarfe der Parteien (Fr. 4'598.– Gesuchstellerin, Fr. 4'190.– Gesuchsgegner) sowie das Einkommen des Gesuchsgegners (Fr. 9'659.–) und das tatsächliche Einkommen der Gesuchstellerin (Fr. 1'333.–), ebenso wenig die Freibetragsaufteilung (vgl. Urk. 28 S. 11, 18, 23; Urk. 27 S. 3f.).

2. Die erste Instanz ging von einem aktuellen, geschätzten monatlichen Nettoeinkommen der Gesuchstellerin im Rahmen ihrer im April 2014 aufgenom-

menen selbstständigen Erwerbstätigkeit (Erteilung von Kursen im Bewegungsstudio und Massagen) von Fr. 1'333.– (Fr. 16'000.– : 12) aus, welches jedenfalls nicht substantiiert bestritten worden sei. Zudem übersteige dieses Einkommen auf jeden Fall jenes des Jahres 2013, welches sich auf monatlich Fr. 1'083.– für die Tätigkeit als Büroangestellte im 40%-Pensum belaufen habe. Somit sei bereits klar, dass die Gesuchstellerin ihr Einkommen durch Aufgabe ihrer Anstellung nicht geschmälert habe. Was die Frage der Anrechnung eines höheren hypothetischen Einkommens anbelange, sei dem Gesuchsgegner zwar dahingehend zuzustimmen, dass das Bundesgericht der unterhaltsberechtigten Partei regelmässig die Ausübung eines 50%-Pensums zumute, sobald das jüngste von ihr zu betreuende Kind das 10. Lebensjahr erreicht habe. Allerdings handle es sich dabei um keine starre Regelung; es sei stets der Einzelfall zu betrachten. Vorliegend reiche bereits das Einkommen des Gesuchsgegners aus, um den Gesamtbedarf der Parteien zu decken. Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf die 15-jährige Ehedauer dürfe der Gesuchstellerin nicht leichthin zugemutet werden, ihre Erwerbstätigkeit auszudehnen, zumal die Gesuchstellerin schon jetzt geringfügig mehr verdiene bzw. sich anrechnen lasse als während des Zusammenlebens der Parteien. Zudem sei die Gesamtbelastung der Gesuchstellerin im Vergleich zum Gesuchsgegner keineswegs als gering einzustufen (vgl. grösseres Arbeitspensum, als der Verdienst vermuten lasse, was in der Anfangsphase der Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit keineswegs untypisch sei, Betreuung der gemeinsamen Kinder sowie Absolvierung der bereits vor vier Jahren begonnenen Ausbildung zur Bewegungspädagogin, deren Abbruch ihr nicht zuzumuten sei, zumal deren Abschluss absehbar sei und die Ausbildung darauf abziele, dass die Leistungen der Gesuchstellerin von der Krankenkasse anerkannt würden, was eine Einkommenssteigerung ermöglichen dürfte). Es treffe im Übrigen auch nicht zu, dass die Gesuchstellerin als Masseurin in einem 50%-Pensum ohne Weiteres Fr. 4'000.– netto pro Monat verdienen könnte. Einerseits spiele das Massageangebot der Gesuchstellerin eine im Vergleich zur Durchführung von Lektionen untergeordnete Bedeutung. Andererseits sei auch keineswegs erwiesen, dass eine Steigerung der Massagetätigkeit überhaupt möglich wäre, zumal eine solche doch stark von der Nachfrage abhängt und nicht alleine vom Wille des Anbieters. Unter

Beachtung all dieser Faktoren sei von der Gesuchstellerin jedenfalls keine Ausdehnung ihrer Erwerbstätigkeit zu verlangen (Urk. 28 S. 18-22).

3. Der Gesuchsgegner kritisiert, zwar erkenne die Vorinstanz, dass gemäss Rechtsprechung der unterhaltsberechtigten Partei die Ausübung eines 50%-Pensums zugemutet werde, sobald das jüngste von ihr zu betreuende Kind das 10. Lebensjahr erreicht habe, trotzdem gehe die Vorinstanz davon aus, dass die Gesuchstellerin keinem 50%-Pensum nachgehen müsse, weil sie bereits heute mehr verdiene, als sie während des Zusammenlebens getan habe. Dies sei falsch. Einerseits sei festzuhalten, dass die Gesuchstellerin im Jahr 2012 bei einem 40%-Pensum Fr. 1'850.– monatlich verdient habe, ihre Anstellung aber entgegen seinem Willen aufgegeben habe. Andererseits wäre es ihr möglich und zumutbar, bei einem 50%-Arbeitspensum mindestens Fr. 2'500.– netto zu verdienen. Daran ändere auch nichts, dass die Gesuchstellerin angeblich einer Ausbildung nachgehe. Nach ihren eigenen, für ihn nicht nachvollziehbaren Ausführungen würden zwischen den Kursen für ihre Ausbildung jeweils mehrere Monate liegen. Daher dürfte es für die Gesuchstellerin zumutbar sein, neben der Ausbildung einem 50%-Arbeitspensum nachzugehen. Im Übrigen sei sie auch während des Zusammenlebens einer Erwerbstätigkeit nachgegangen und habe dabei ein monatliches Nettoeinkommen von bis zu Fr. 1'850.– erzielt, obschon sie nebenbei Kurse besucht habe. Hinzu trete, dass die Gesuchstellerin nicht auf Kosten des Gesuchsgegners weitere Ausbildungen absolvieren könne, obschon sie bereits über eine fundierte Ausbildung und Berufserfahrung verfüge. Zudem sei nicht nachvollziehbar, dass eine Ausbildung über vier Jahre daure und noch immer kein Abschluss in Sicht sei. Ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 1'333.– würde bei einem 50%-Arbeitspensum einem Stundenlohn von rund Fr. 15.– entsprechen. Es sei notorisch, dass die Gesuchstellerin mit ihrer Ausbildung mehr verdienen könnte, wenn sie sich als Masseurin oder Büroangestellte anstellen liesse. Es sei ihr daher vorliegend ein Einkommen entsprechend einem 50%-Pensum anzurechnen. Im Rahmen eines einfachen Bürojobs (wie sie dies auch während des Zusammenlebens ausgeübt habe) wäre es ihr möglich und zumutbar, ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 2'500.– zu erzielen. Ein solches Einkommen sei ihr, zumal sie derzeit keine Anstellung innehabe, mit einer gerichtsübli-

chen Übergangsfrist von sechs Monaten ab Rechtskraft des Obergerichtsurteils in Anrechnung zu bringen (Urk. 27).

4. Demgegenüber meint die (nicht anwaltlich vertretene) Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner und sie hätten vor 14 Jahren gemeinsam beschlossen, die Kinder nicht fremdbetreuen zu lassen, und dass sie daher 100% der Kindererziehung und des Haushalts übernommen habe. Als der jüngere Sohn in den Kindergarten gekommen sei, habe sie die Ausbildung zur Bewegungspädagogin begonnen, zwei Tage im Büro gearbeitet und die Organisation des Familienlebens, den Haushalt sowie die Kindererziehung weitergeführt. Nach Erreichen des Level 1 der Ausbildung habe sie die Bürostelle künden müssen, weil sie ein Burnout erlitten habe. Sie verfüge nur über eine Bürolehre, die sie 1989 abgeschlossen habe, und ihr fehle eine zeitgemässe Weiterbildung im kaufmännischen Bereich. Ihre letzte Stellensuche habe denn auch fast zwei Jahre gedauert. Sie arbeite nun seit einem Jahr extern als Masseurin und ebenfalls in ihrem Bewegungsstudio, welches sie im Mai 2014 übernommen habe. Ihr Arbeitspensum betrage zirka 40%, die Gratisarbeit als Leiterin des Studios komme dazu und sie müsse ihren Anteil der Miete über den Verdienst bezahlen, bis sie so viele Kurse und Untermieter habe, dass ein Plus daraus resultiere. Dazu komme die Ausbildung in Level 2, welche auch viel ihres Verdienstes koste. Wenn sie eine Bürostelle suchen müsste, sei nicht abzusehen, wann sie eine Stelle bekäme, ausserdem mache es keinen Sinn, die aktuelle Ausbildung als Bewegungspädagogin zurückzustellen, um die sich ihr Leben in den letzten vier Jahren gedreht und in die sie viel Energie gesteckt habe. Sie sei 44 Jahre alt und verfüge eigentlich über keinen Beruf. Damit sie ihre Aussichten auf dem Arbeitsmarkt erhöhen könne, sei es unerlässlich, dass sie Level 2 der Ausbildung abschliessen könne, damit sie über die Krankenkasse teilweise anerkannt sei. Ausserdem habe sie das vergangene Jahr an drei verschiedenen Orten gearbeitet; mehr schaffe sie nicht, zumal sie auch noch die Kinder zu betreuen habe, was nicht zu unterschätzen sei. Der zehnjährige Sohn leide an ADHS und sie brauche viel Zeit und Geduld, um mit ihm die Mühen des Alltags zu meistern. Nachdem ihr Mann 14 Jahre lang habe kommen und gehen können, wie es seine Arbeit und Ausbildung, welche er habe abschliessen können, erfordert hätten, und sie dementsprechend ihren Radius habe einschränken

müssen, möchte sie doch um Verständnis bitten, dass sie Zeit brauche, um sich in die neue Lebens- und Berufssituation einarbeiten zu können. Mehr als 40% (bezahlte) Arbeit schaffe sie im Moment nicht (Urk. 35).

5. Betreffend die Voraussetzungen für die Anrechnung eines höheren hypothetischen Einkommens kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 28 S. 18f. mit Hinweisen) verwiesen werden. Zu betonen und ergänzen bleibt Folgendes: Von einer vollen Erwerbsfähigkeit des haushaltführenden Ehegatten ist praxismässig spätestens dann auszugehen, wenn das jüngste Kind das 16. Altersjahr vollendet hat und er bei der Trennung weniger als 45 Jahre alt war. Ist das jüngste Kind älter als zehn Jahre alt (aber noch nicht 16-jährig), so ist die Aufnahme einer Teilzeitarbeit im Umfang von 50% zumutbar. Es handelt sich dabei um eine Richtlinie und keine starre Regel (BGE 115 II 427, E. 5; BGE 115 II 6, E. 3b, c, daran wird auch unter heutigen gesellschaftlichen Verhältnissen festgehalten, z.B. BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2, S. 109; BGer 5A_95/2012 E. 4.2; BGer 5A_210/2008, E. 3.1 und 3.2). Eine Aufstockung des Arbeitspensums ist grundsätzlich auch jenseits der - für Wiedereinsteigerinnen beachtlichen - Altersgrenze von 45 Jahren zumutbar, da eine Ausdehnung des Arbeitspensums einfacher als der Wiedereinstieg ins Berufsleben ist. Allerdings wird bei einer Zuverdienstehe von der Ehefrau bei guten wirtschaftlichen Verhältnissen nicht zwingend eine volle Erwerbstätigkeit gefordert. In der jüngeren Rechtsprechung wird die Alterslimite für die Wiederaufnahme bzw. Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit von 45 Jahren denn auch zunehmend relativiert und tendenziell auf 50 Jahre angehoben (Philipp Maier, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, S. 340 mit weiteren Hinweisen; BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2; LY120021, Urteil I. Zivilkammer vom 13. August 2012, E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen). Im Eheschutzverfahren ist jedoch eine Pflicht zur Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit nur zu bejahen, wenn keine Möglichkeit besteht, auf eine während des gemeinsamen Haushalts gegebene Sparquote oder vorübergehend auf Vermögen zurückzugreifen, wenn die vorhandenen finanziellen Mittel - allenfalls unter Rückgriff auf Vermögen - trotz zumutbarer Einschränkungen für zwei getrennte Haushalte nicht ausreichen und wenn die Aufnahme oder

Ausdehnung der Erwerbstätigkeit unter den Gesichtspunkten der persönlichen Verhältnisse des betroffenen Ehegatten (Alter, Gesundheit, Ausbildung u.ä.) und des Arbeitsmarktes zumutbar ist. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Im Scheidungsverfahren ist zusätzlich zu beachten, dass die vorsorglichen Massnahmen einen anderen Zweck verfolgen als die Eheschutzmassnahmen. Nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsprozesses wird eine Rückkehr zur gemeinsam vereinbarten Aufgabenteilung weder angestrebt noch ist sie wahrscheinlich. Insoweit darf dem Ziel der wirtschaftlichen Selbstständigkeit des bisher nicht oder bloss in beschränktem Umfang erwerbstätigen Ehegatten bereits eine gewisse Bedeutung zugemessen werden und in stärkerem Ausmass als im Eheschutzverfahren auf die bundesgerichtlichen Richtlinien zum Scheidungsunterhalt (Art. 125 ZGB) abgestellt werden (BGE 130 III 537 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Befindet sich ein Ehegatte in Ausbildung und haben sich beide Ehegatten während des Zusammenlebens darauf geeinigt, so kann es dem betroffenen Ehegatten nicht zugemutet werden, die bereits begonnene Ausbildung abzubrechen, um ein höheres Einkommen zu realisieren. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Ausbildung innert angemessener Frist und mit dem Ziel einer Einkommenssteigerung einhergeht (Six, Eheschutz, ein Handbuch für die Praxis, 2. A., Bern 2014, S. 142).

Der angefochtene Entscheid steht mit Lehre und Praxis im Einklang und nimmt auf die Fallgegebenheiten gebührend Rücksicht. Die Erwägungen erscheinen nachvollziehbar und überzeugen. Das bei der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens immer bestehende (weite) Ermessen (Art. 4 ZGB) wurde pflichtgemäss ausgeübt. Es besteht vorliegend denn auch kein Grund, in diese Ermessenausübung einzugreifen, zumal sich die Rechtsmittelinstanz hier stets auch eine gewisse Zurückhaltung auferlegt. Es kann daher im Wesentlichen auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden.

Vorliegend handelt es sich um eine lange und lebensprägende Hausgatten-ehe mit späterem Zuverdienst der Ehefrau und Mutter, wobei zwei mittlerweile 14- und 10-jährige Söhne aus der Ehe hervorgingen (Urk. 2; Urk. 13 und 16 passim). Seit November 2013 leben die Parteien getrennt (Urk. 28 S. 27, Dispositivziffer 1). Im Zeitpunkt der Trennung war die Gesuchstellerin, geboren tt.mm.1970, 43-

jährig. Sie verfügt über einen älteren kaufmännischen Abschluss (Bürolehre), hat hier jedoch nur geringe Berufserfahrung. Zuletzt arbeitete sie offenbar im Jahr 2012 zweimal wöchentlich im Büro, um ihre Ausbildung zu finanzieren. Zurzeit arbeitet sie als Masseurin, leitet Kurse im Rahmen ihres im April 2014 eröffneten Bewegungsstudios und ist bemüht, Level 2 ihrer vor vier Jahren begonnenen Ausbildung zur Bewegungspädagogin abzuschliessen (Urk. 16 S. 3f., 12f., 16; Urk. 17 S. 2; Urk. 14/5).

Wie gesehen ist die mehrfach erwähnte höchstrichterliche Praxis, wonach, wenn das jüngste Kind das 10. Altersjahr vollendet hat, der unterhaltsberechtigten Partei ein 50%-iges Arbeitspensum zumutbar sei, nicht starr anzuwenden. Vor allem aber gilt solches nicht schon im Eheschutzverfahren, wenn die bisherigen Einkünfte ausreichen, um beide Haushalte der fortan getrennt lebenden Eheleute zu finanzieren. Vorliegend könnten die beiden erweiterten Notbedarfe (Fr. 8'788.–) allein schon mit dem Einkommen des Gesuchsgegners (Fr. 9'659.–) problemlos gedeckt werden (vgl. Urk. 28 S. 11, 18; Urk. 27 S. 4).

Die erste Instanz hat auch richtig erwähnt, dass die Gesuchstellerin zwar ihre Anstellung im 40%-Pensum im Büro, womit sie im Jahr 2013 (recte: 2012) durchschnittlich auf den Monat umgerechnet Fr. 1'083.– verdiente (Urk. 14/5 [Steuererklärung 2012: rund Fr. 13'000.– : 12]), aufgegeben hat, sich jedoch im Rahmen ihrer per April 2014 aufgenommenen selbstständigen Erwerbstätigkeit (Führen des Bewegungsstudios, Erteilen von Kursen und Massagen) bereits ein höheres monatliches Einkommen als das zuletzt erzielte, nämlich Fr. 1'333.– pro Monat (Fr. 16'000.– : 12; Urk. 16 S. 4), anrechnen lässt. Wie die Vorinstanz richtig erwog (Urk. 28 S. 20f.), wurde dieses aktuelle (geschätzte) tatsächliche Einkommen der Gesuchstellerin aus ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit vom Gesuchsgegner nicht bestritten (Urk. 16 S. 5ff., 16ff.; Urk. 13 S. 2; Urk. 17 S. 1f.; Urk. 27 S. 3).

Die Behauptung des Gesuchsgegners, wonach die Gesuchstellerin im Jahr 2012 bei einem 40%-Pensum rund Fr. 1'850.– pro Monat verdient habe (Urk. 27 S. 3), ist im Berufungsverfahren neu. Gleichermassen handelt es sich beim Lohnausweis 2012 (Urk. 30/2) um ein neues Dokument. Weil nicht ersichtlich ist und

vom Gesuchsgegner denn auch in keiner Weise dargetan wird (Urk. 27 S. 3), weshalb er solches trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor Vorinstanz hätte vorbringen können, sind der Lohnausweis 2012 sowie die gestützt darauf erhobene neue Behauptung im Berufungsverfahren nicht mehr zu berücksichtigen (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Selbst wenn aber der Lohnausweis 2012 zu berücksichtigen wäre, wonach die Gesuchstellerin von Januar bis und mit Juli 2012 rund Fr. 12'955.– netto und damit pro Monat rund Fr. 1'850.– netto verdiente (Urk. 30/2), würde dies nichts daran ändern, dass die Gesuchstellerin im ganzen Jahr 2012 Fr. 12'955.– verdiente (vgl. Urk. 14/5) und damit im Durchschnitt auf das ganze Jahr verteilt monatlich rund Fr. 1'083.– netto. Es sind mithin keinerlei Dokumente aktenkundig, wonach die Gesuchstellerin zuletzt während des ehelichen Zusammenlebens durchschnittlich mehr als Fr. 1'083.– monatlich verdiente. Die Behauptung des Gesuchsgegners vor Vorinstanz, wonach die Gesuchstellerin als Tantra Masseurin mit einem Ansatz von Fr. 300.– für 90 Minuten über ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'000.– bis Fr. 4'000.– verfügen soll (Urk. 13 S. 2), erscheint im Übrigen kaum wahrscheinlich und wurde denn auch durch nichts belegt.

Auch die Behauptung, wonach die Gesuchstellerin ihre Angestelltentätigkeit im 40%-Pensum damals gegen den Willen des Gesuchsgegners aufgegeben haben soll (Urk. 27 S. 3), ist neu und zufolge Verspätung im Berufungsverfahren nicht mehr zu hören (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. Urk. 16 S. 5 ff., 16ff.). Aber selbst wenn solches der Fall gewesen wäre, würde es nichts ändern, zumal der Gesuchsgegner die Aufgabe der Anstellung, als die Eheleute noch zusammenlebten, offenbar duldete.

Es bleibt mithin dabei, dass der Gesuchstellerin die Aufgabe ihrer Anstellung zugunsten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht zum Vorwurf gemacht werden darf, weil sie damit einerseits mehr verdient als zuvor und solches andererseits vom Gesuchsgegner jedenfalls geduldet wurde. Dass die Vorinstanz fälschlicherweise davon ausging, dass die rund Fr. 13'000.– im Jahr 2013 und nicht richtigerweise im Jahr 2012 erzielt wurden (vgl. Urk. 14/5; Urk. 28 S. 20), ist nicht von Bedeutung, zumal die Einkünfte der Gesuchstellerin im Jahr 2013 nicht

aktenkundig sind, jedoch weder behauptet wurde noch ersichtlich ist, dass sie im Jahr 2013 mehr als im Jahr 2012 verdient haben sollte.

Ihre Ausbildung zur Bewegungspädagogin begann die Gesuchstellerin, was nicht bestritten wurde, bereits vor vier Jahren, als die Eheleute längst noch zusammenlebten (Urk. 16 S. 3f., 13, 16f.). Da der Abschluss der Ausbildung (Level 2) jedenfalls absehbar erscheint (vgl. Urk. 16 S. 4, wonach laut unbestrittenen Angaben der Gesuchstellerin noch zirka 13 Kurstage zu absolvieren sind) und davon ausgegangen werden kann, dass sich die abgeschlossene Ausbildung auch einkommensmässig positiv auswirken wird (Krankenkassenanerkennung der Leistungen der Gesuchstellerin, Urk. 16 S. 4), was wiederum nicht bestritten wurde, ist der Gesuchstellerin ein Abbruch derselben nicht zuzumuten. Wenn der Gesuchsgegner im Rahmen seiner Berufung von einer "angeblichen" Ausbildung spricht, handelt es sich dabei um ein unzulässiges Novum, zumal vor Vorinstanz jedenfalls nicht bestritten wurde, dass die Gesuchstellerin eine Ausbildung absolviert (Urk. 16 S. 16ff.). Wie es sich insbesondere mit der Dauer der Ausbildung und den einzelnen, offenbar teilweise drei bis vier Monate auseinander liegenden zu absolvierenden Kursen genau verhält (vgl. Urk. 16 S. 4, 13), kann dahingestellt bleiben, weil die Gesuchstellerin, unabhängig von der Ausbildung, mit ihrem zirka 40%-Arbeitspensum und namentlich dem Aufbau ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit, womit sei bereits ein gewisses Einkommen erzielt, sowie der Betreuung der beiden 14- und 10-jährigen Söhne, wobei letzterer an ADHS leidet (vgl. Urk. 16 S. 7), zurzeit, jedenfalls im Rahmen des vorliegenden Eheschutzentscheides, ihre Eigenversorgungskapazität bereits hinreichend ausschöpft. Dies nicht zuletzt mit Blick auf das ausreichende Einkommen des Gesuchsgegners. Im Rahmen dieses Eheschutzentscheides besteht nach dem Gesagten denn auch (noch) keinerlei Veranlassung, die Gesuchstellerin zur Aufnahme einer Angestelltentätigkeit im Büro oder als Masseuse im 50%-Pensum mit einem Nettoverdienst von mindestens Fr. 2'500.–, wie der Gesuchsgegner sich dies vorstellt (Urk. 27 S. 3), zu verpflichten, auch nicht mit einer sechsmonatigen Übergangsfrist, zumal in die ehelichen Strukturen im Rahmen der Regelung des Getrenntlebens nicht ohne Not einzugreifen ist. Vielmehr hat der Vorderrichter richtig gesehen, dass die Gesamtbelastung der Gesuchstellerin im Vergleich zum Gesuchsgegner keinesfalls

als gering eingestuft werden kann (Urk. 28 S. 21). Es besteht vorliegend kein Anlass, der Gesuchstellerin nicht weiterhin Zeit zwecks Auf-/Ausbau ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit einzuräumen.

Dass die Gesuchstellerin bereits über eine Ausbildung (als Büroangestellte) verfügt und sich nicht auf Kosten des Gesuchsgegners soll weiterbilden dürfen (Urk. 27 S. 3), verfängt nicht, weil sie die Ausbildung zur Bewegungspädagogin, wie dargetan, unbestrittenermassen bereits während des Zusammenlebens begann. Zudem liegt ihre Büroausbildung lange zurück und sie konnte in diesem Berufszweig zufolge der klassischen Rollenverteilung nur wenig Berufserfahrung sammeln (Urk. 16 S. 4, 12f.).

Im Ergebnis überzeugen die Einwände des Gesuchsgegners im Berufungsverfahren somit nicht, sofern es sich dabei nicht ohnehin um unzulässige Noven handelt, und es bleibt beim angefochtenen Entscheid. Allerdings ist die Gesuchstellerin bereits an dieser Stelle mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass sie sich, im Hinblick auf die Scheidung (per November 2015 werden die Parteien zwei Jahre getrennt leben, womit ein Scheidungsanspruch besteht, vgl. Art. 114 ZGB) und die dann grundsätzlich voll zum Tragen gelangende höchstrichterliche Praxis zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bei (sukzessivem) Wegfall der Betreuungspflichten gegenüber den Kindern, bereits heute mit hinreichender Intensität um den Ausbau ihrer Eigenversorgungskapazität, sei es im Rahmen ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit oder einer (zusätzlichen) Anstellung zu bemühen hat.

Zusammengefasst ist die Berufung des Gesuchsgegners daher abzuweisen und die angefochtene Dispositivziffer 7 Absatz 1 vollumfänglich zu bestätigen.

Nicht strittig ist, dass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin seit 1. Juni 2014 bereits Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 3'029.15 für den Monat Juni 2014 und Fr. 2'513.90 für den Monat Juli 2014 bezahlt hat, was die Vorinstanz entsprechend vormerkte (Urk. 28 S. 28, Dispositivziffer 7 Absatz 3; Urk. 27 S. 2). Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind bereits erbrachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (BK-

Hausheer/Reusser/Geiser, N 23 zu Art. 173 ZGB; ZK-Bräm/Hasen-böhler, N 150 zu Art. 163 ZGB). Der Pflichtige darf jedoch nicht zu Zahlungen verpflichtet werden, die er bereits geleistet hat. Im Umfang dieser Leistung wäre nämlich die entsprechende Verpflichtung untergegangen (ZR 107 Nr. 60; BGE 138 III 583 E. 6.1.1, S. 585). Mangels Anfechtung (Urk. 27 S. 2) bleibt es jedoch vorliegend bei dieser Vormerknahme. Entsprechend ist, wie dargetan, die Rechtskraft von Dispositivziffer 7 Absatz 3 vorzumerken.

IV.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens vollumfänglich dem unterliegenden Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Die nicht anwaltlich vertretene Gesuchstellerin verlangte keine Parteient-schädigung (vgl. Urk. 35). Mangels erheblicher Umtriebe im Berufungsverfahren wäre ihr im Übrigen auch keine Entschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1 bis 6, 7 (Absätze 2 und 3) und 8 bis 10 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 26. September 2014 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens für sich persönlich Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'950.– pro Monat zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Monatsersten, rückwirkend ab 1. Juni 2014.

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. Für das Berufungsverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am 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 nach Art. 90 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen nach Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 9. Februar 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am: js