

# ZH\_OBERGERICHT LE220021 vom 18. März 2024

ZH Obergericht, 2024-03-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE220021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE220021)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE220021 du 18 mars 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT LE220021 del 18 marzo 2024

## Erwägungen

### E. 1

Die Berufung hemmt die Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten sind die Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung und die Dispositiv-Ziffern 1 bis 3, 6 und 7 sowie 9 und 10 des Urteils vom 3. Januar 2022 (Urk. 40 S. 2 ff. und Urk. 54/40 S. 2). Diese Ziffern sind somit in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist. Bezüglich Dispositiv-Ziffern 11 und 12 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) erfolgt keine Vormerknahme der (Teil-)Rechtskraft (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

### E. 1.1

Die Vorinstanz stellte fest, dass sich die Parteien in ihrer Argumentation offensichtlich auf unterschiedliche Methoden der Unterhaltsberechnung abgestützt hätten. Die Gesuchstellerin habe die Anwendung der zweistufigen Methode mit Überschussverteilung beantragt. Der Gesuchsgegner dahingegen habe – wenn auch nicht unmissverständlich – für die Anwendung der einstufigen Berechnungsmethode plädiert. Zur Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen aller Art sei gemäss jüngster Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich schweizweit die zweistufige Methode heranzuziehen. Mithin könne das Gericht nur dann von der Anwendung der zweistufigen Methode absehen, wenn diese im Einzelfall sinnlos wäre. In casu sei nicht erkennbar, aus welchem Grund eine Abweichung von der Standardmethode angezeigt wäre. Mit Blick auf die Uneinigkeit der Parteien betreffend das finanzielle Niveau der ehelichen Lebensführung sowie auf die ohnehin schwierige Trennung von privatem und geschäftlichem Aufwand bei selbstständig Erwerbstätigen scheine ein Rückgriff auf die zweistufige Methode vielmehr geradezu geboten, da diese die Unterhaltsberechnung im Vergleich zur einstufigen Methode tendenziell erleichtere, was im vorliegenden summarischen Verfahren durchaus erwünscht sei. Überdies lasse das Bundesgericht die Anwendung der zweistufigen Methode auch bei sehr guten finanziellen Verhältnissen zu. Folglich sei die zweistufige Methode anzuwenden. Allfälligen Besonderheiten des vorliegenden Einzelfalls – z.B. eine erhebliche Sparquote – würden praxismässig bei der Überschussverteilung berücksichtigt (Urk. 41 S. 22 f.).

### E. 1.2

Die Gesuchstellerin geht auch im Berufungsverfahren von der zweistufigen Methode mit Überschussverteilung aus. Sie stellt für den Fall, dass das hiesige Gericht wider Erwarten der Auffassung sein sollte, die Unterhaltsbeiträge nach der einstufigen Methode zu berechnen, diverse Editionsbegehren (Urk. 40 S. 4 und Rz. 39).

### E. 1.3

Der Gesuchsgegner moniert, bei den von der Vorinstanz angenommenen Einkommen müsse die einstufige Berechnung zur Anwendung kommen. Der Ge-

- 19 - suchsgegner halte an seinen in seiner Berufung offerierten Beträgen fest, die er angesichts der tatsächlichen Situation und des von den Parteien gelebten Standards sowie der Eigenversorgungspflichten der Gesuchstellerin für angemessen halte (Urk. 49 S. 22).

#### **E. 1.4**

In besonderen Situationen, namentlich bei aussergewöhnlich guten Verhältnissen, kann gemäss Bundesgericht von der zweistufigen Methode mit Überschussverteilung abgewichen oder auch ganz von einer konkreten Rechnung abgesehen werden (BGE 147 III 265 E. 6.6). Die Parteien befinden sich in guten finanziellen Verhältnissen. Aussergewöhnlich gute Verhältnisse liegen aber nicht vor, weshalb sich die Anwendung der einstufigen Methode nicht aufdrängt. Die Methodenwahl der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz stützte ihre Methodenwahl zudem nicht nur auf die finanziellen Verhältnisse der Parteien. Auf die weiteren Argumente ging der Gesuchsgegner nicht ein. Er kam somit auch seiner Rügeobliegenheit (vgl. E. II.2) nicht nach. Da die zweistufige Methode mit Überschussverteilung angewendet wird, fällt das als Eventualbegehren entgegengetzende Rechtsbegehren Ziff. 4 der Erstberufung (Urk. 40 S. 4) dahin. 2. Betreuungsumfang des Gesuchsgegners vom 1. November 2020 bis 31. Januar 2022

#### **E. 2**

Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; siehe BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, ist – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht zu überprüfen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

#### **E. 2.1**

Zum Betreuungsumfang des Gesuchsgegners erwog die Vorinstanz, es sei als erstellt zu betrachten, dass bislang hauptsächlich die Gesuchstellerin für die Betreuung der gemeinsamen Kinder verantwortlich gezeichnet habe (Urk. 41 S. 14). Der Umstand, dass der Gesuchsgegner die Kinder vor der Trennung nicht im selben Umfang betreut habe wie die Gesuchstellerin, falle nicht schwer ins Gewicht (Urk. 41 S. 15). Das Gericht erachte es als erstellt, dass die Gesuchstellerin bis vor der Trennung als Hauptbezugsperson der beiden Kinder fungiert habe, womit eine neuerdings alternierende Betreuung für die Kinder zweifellos eine Umstellung bedeute (Urk. 41 S. 17). Zum Grundbetrag in Phase I (1. November 2020 bis 31. Januar 2021) hielt die Vorinstanz sodann fest, es sei zu berücksichtigen, dass die Kinder unter die alternierende Obhut der Parteien zu stellen seien, wobei die Parteien die Kinder zu je 50 % betreuen würden (Urk. 41 S. 25). Bei den Fremdbetreuungskosten in Phase I wies die Vorinstanz erneut darauf hin, dass dem Gesuchsgegner mit diesem Urteil ein Betreuungsanteil von 50 % zugesprochen werde (Urk. 41 S. 33). Anlässlich der Parteibefragung vom 26. April 2021 habe der Gesuchsgegner erklärt, er sei in seinem Einzelunternehmen zu einem Pensum von 100 %

beschäftigt (Urk. 41 S. 46). Bei der Überschussverteilung in Phase I führte die Vorinstanz schliesslich aus, dass der Gesuchsgegner trotz seines Pensums von 100 % – wenn auch auf eigenes Begehren hin – einen grossen Teil der Kinderbetreuung übernehme, weil das Gericht die alternierende Obhut mit hälftigen Betreuungsanteilen anordne (Urk. 41 Rz. 60).

### **E. 2.2**

Die Gesuchstellerin macht geltend, die Kinder hätten vom 1. November 2020 bis 31. Januar 2022 unter ihrer alleinigen Obhut gestanden (Urk. 40 Rz. 7 und Urk. 54/47 Rz. 29). Der Gesuchsgegner habe im vorinstanzlichen Verfahren anerkannt, dass er die Kinder lediglich jedes zweite Wochenende und vereinzelt zusätzlich betreut habe. Die Kinder seien nur teilweise und nur in Wochen, in denen der Gesuchsgegner kein Betreuungswochenende gehabt habe, am Donnerstagabend inklusive Übernachtung beim Gesuchsgegner gewesen. Auch in seiner eigenen Berufung habe der Gesuchsgegner ausgeführt, dass die Parteien erst per Februar 2022 die vom Gericht angeordnete Obhutsteilung vollzogen hätten. Dementsprechend habe er auch erst ab Februar 2022 eine tiefere Ansetzung seines Einkommens verlangt (Urk. 40 Rz. 7 und Urk. 60 Rz. 6). Die Obhuts- und Betreuungsanteile seien vor Vorinstanz sehr strittig gewesen, weil die Betreuungsanteile seit der Trennung dem Gesuchsgegner zu wenig gewesen seien. Auch die Vorinstanz habe geschrieben, dass dem Gesuchsgegner "mit diesem Urteil ein Betreuungsanteil von 50 % zugesprochen wird". Erst seit Februar 2022 würden die Parteien eine alternierende Obhut mit hälftigen Betreuungsanteilen beider Eltern gemäss vorinstanzlichem Urteil leben, weil die Gesuchstellerin per 1. Februar 2022 eine Arbeitsstelle angetreten, den Gesuchsgegner im Januar 2022 darüber informiert und in die alternierende Obhut eingewilligt habe (Urk. 40 Rz. 7). Bei den Aufzeichnungen des Gesuchsgegners (Urk. 65/5) handle es sich um reine Parteibehauptungen, die falsch seien und im Widerspruch zu seinen früheren Ausführungen und Aussagen anlässlich der Parteibefragung stehen würden (Urk. 67 Rz. 11). Urk. 11/8 sei ein einseitig entworfener Betreuungsvorschlag des Gesuchsgegners, den sie abgelehnt habe (Urk. 60 Rz. 6).

- 21 -

### **E. 2.3**

In der Erstberufungsantwort bestreitet der Gesuchsgegner, dass er in Phase I nicht bereits in weitgehendem Umfang Betreuungsaufgaben wahrgenommen habe. Von wenigen Ausnahmen abgesehen habe er die Kinder stets von Donnerstag (nach Schulschluss) bis Freitagabend betreut, wobei alle 14 Tage die Betreuung auch die Wochenenden bis Montag (Schulbeginn) umfasse. Wie der vor Vorinstanz aufgelegte Betreuungsplan der Parteien (Urk. 11/8) zeige, seien sich die Parteien auch zu Beginn der Phase I einig gewesen, dass die Betreuung der Kinder durch den Gesuchsgegner im Umfang von 50 % erfolge (Urk. 49 S. 3 f. und Urk. 71 S. 3). Die von der Gesuchstellerin angesprochene Uneinigkeit habe sich erst nachträglich ergeben, als die Gesuchstellerin plötzlich darauf bestanden habe, dass sie nicht nur ad hoc entscheiden wolle, wann die Kinder zusätzlich zur Zeit von Donnerstag bis Freitag beim Gesuchsgegner seien, sondern die Kinder aus nicht nachvollziehbaren Gründen einen Mittagstisch am Mittwoch hätten besuchen sollen, anstatt beim Gesuchsgegner zu essen, der ohnehin für sich gekocht habe (Urk. 49 S. 3 f.). Erst im Laufe des Prozesses vor Vorinstanz habe sich die Gesuchstellerin nicht mehr an den Betreuungsplan halten wollen und gegen den ausdrücklichen Willen der Kinder deren Zeit

beim Gesuchsgegner reduziert (Urk. 71 S. 3). Der Gesuchsgegner habe seit der Trennung der Parteien per 1. November 2020 in seiner Agenda jeweils festgehalten, wann die Kinder von ihm betreut worden seien (Urk. 63 S. 11).

## **E. 2.4**

Im Gesuch um Eheschutzmassnahmen vom 8. Februar 2021 schrieb die Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner habe die Kinder jeweils ausserhalb der Kindergarten-/Schulferien in Wochen mit ungerader Wochenzahl von Freitag, 12.00 Uhr, bis Montag,

Kindergarten-/Schulbeginn, und in Wochen ohne Wochenendbesuchsrecht manchmal an einem weiteren Abend ab 18.30 Uhr inklusive Übernachtung sowie während fünf Wochen Ferien betreut (Urk. 1 S. 2 und Rz. 9). Anlässlich der Parteibefragung vom 26. April 2021 erklärte die Gesuchstellerin, die Kinder seien an jedem zweiten Wochenende und unter der Woche nur ab und zu zum Gesuchsgegner gegangen (Prot. I S. 19). Der Gesuchsgegner führte in der Stellungnahme vom 26. April 2021 aus, auf Wunsch der Gesuchstellerin habe er ihr einen schriftlichen Vorschlag (Urk. 11/8) unterbreitet, wie die Betreuung aufgeteilt werden könne (Urk. 10 S. 8). Mit Bezug der eigenen Wohnung habe die Ge-

- 22 - suchstellerin wegen finanzieller Motive dem Gesuchsgegner und den Kindern nur noch ein minimales Besuchsrecht zugestehen wollen (Urk. 10 S. 9). Der Gesuchsgegner sei willens und in der Lage, die beiden Kinder im Umfang von rund 50 % zu betreuen, wie dies die Parteien besprochen hätten (Urk. 10 S. 10). Zum Betreuungsplan habe die Gesuchstellerin erklärt, dass sie damit nicht einverstanden sei, sondern nur mit einer Betreuung durch den Gesuchsgegner ab Freitagmittag jedes zweite Wochenende (Prot. I S. 12). Der Gesuchsgegner bestätigte anlässlich der Parteibefragung vom 26. April 2021, dass die Gesuchstellerin mit einer hälftigen Betreuung nicht einverstanden gewesen sei (Prot. I S. 22). Er habe die Kinder auch jetzt ab und zu bei sich und könne die Arbeitslast auch auf das Wochenende legen (Prot. I S. 23). Aus diesen Behauptungen und Parteibefragungen geht eindeutig hervor, dass sich die Parteien über die Betreuung der Kinder durch den Gesuchsgegner nicht einig waren. Der Betreuungsvorschlag (Urk. 11/8) blieb ein Vorschlag, der nicht umgesetzt wurde. Die nun eingereichte Tabelle des Gesuchsgegners (Urk. 65/5) steht im Widerspruch zu seiner Aussage, dass er die Kinder "ab und zu" bei sich gehabt habe. Zudem liess er ausführen, die Parteien hätten es geschafft, weiterhin gemeinsam mit den Kindern Zeit zu verbringen, z.B. am 6., 23. und 31. Dezember 2020, 31. Januar 2021, 22. und 28. März 2021 sowie 3. und 6. April 2021 (Urk. 10 S. 5). In der Tabelle des Gesuchsgegners wurden diese Tage überwiegend als seine angebliche Betreuungszeit eingezeichnet (Urk. 65/5). Die Tabelle erweist sich insgesamt als unglaubhaft. Der Gesuchsgegner verstrickt sich in Widersprüche beim Versuch, eine hälftige Betreuung darzulegen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass seine Betreuungsanteile bis zum 31. Januar 2022 einem gerichtlichen Besuchsrecht entsprachen und die Kinder unter der alleinigen Obhut der Gesuchstellerin standen (vgl. Andrea Büchler/Sandro Clausen, Das "gerichtliche" Besuchsrecht, in: FamPra.ch 2020, S. 535 ff., S. 540 ff.).

## **E. 3**

Umfang der Erwerbstätigkeit

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz ging in allen drei Phasen von einem 100%-Pensum des Gesuchsgegners aus, ohne dies näher zu begründen (Urk. 41 S. 46, S. 64, S. 69 und S. 78 f.). Zum Pensum

der Gesuchstellerin erwog die Vorinstanz, mit Blick auf die günstigen finanziellen Verhältnisse und da die Gesuchstellerin während Jahren

- 23 - hauptsächlich für die Kinderbetreuung verantwortlich gezeichnet habe, scheine es angemessen, der Gesuchstellerin eine Übergangsfrist zu gewähren, in der sie nicht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verpflichtet sei und ihr folglich auch kein hypothetisches Einkommen angerechnet werde. Wegen der günstigen finanziellen Verhältnisse sei diese Übergangsfrist lange zu bemessen, zumal die Gesuchstellerin dem Gericht anlässlich der Parteibefragung vom 26. April 2021 glaubhaft mitgeteilt habe, dass sie für ihre Zusatzausbildung im Marketingbereich ab April 2021 ca. 24 bis 25 Stunden in der Woche aufwenden werde (Urk. 41 S. 41 f.). Nach Abschluss der Zusatzausbildung Ende Juni 2022 sei angezeigt, dass die Gesuchstellerin eine Erwerbstätigkeit aufnehme und ihr ein – gegebenenfalls hypothetisches – Einkommen angerechnet werde (Urk. 41 S. 43). Vorliegend rechtfertige sich eine leichte Abweichung vom Schulstufenmodell, da sich die Parteien die Kinderbetreuung hälftig aufteilten und die Gesuchstellerin somit nicht als hauptbetreuender Elternteil zu qualifizieren sei. Folglich sei es angemessen, der Gesuchstellerin ein Pensum von 60 % nach Abschluss der zusätzlichen Ausbildung zuzumuten (Urk. 41 S. 44).

### **E. 3.2**

Der Gesuchsgegner rügt in der Zweitberufung, dass nicht nachvollziehbar sei, weshalb es der Gesuchstellerin zustehen solle, von August 2019 (Einschulung des jüngsten Kindes) bis Juni 2022 keiner Erwerbstätigkeit nachzugehen, nachdem sie eine solche bereits im Februar 2019 aus eigenem Antrieb begonnen habe und damals nur die Corona-Massnahmen zu einem Unterbruch geführt hätten. Zwischen den Parteien sei immer klar gewesen, dass die Gesuchstellerin wieder eine 50%-Tätigkeit in ihrem Beruf aufnehme. Die Gesuchstellerin sei auch vor Vorinstanz in den Verhandlungen darauf aufmerksam gemacht worden, dass sie aufgrund des Schulstufenmodells unverzüglich eine Eigenversorgung aufbauen müsse (Urk. 54/40 S. 21 f.). Im Hinblick auf die Verhandlung vor Vorinstanz habe sich die Gesuchstellerin plötzlich angeblich für einen (Fern-)Kurs eingeschrieben, der Basis für eine berufliche Neuorientierung im "Fernmarketing" sein solle. Völlig unverständlicherweise wolle die Vorinstanz ein derart missbräuchliches Verhalten noch unterstützen. Die Vorinstanz setze sich selber in Widerspruch, indem sie einerseits ein (zu tiefes) hypothetisches Einkommen der Gesuchstellerin in ihrem angestammten Beruf berechne, sie aber gleichwohl von einer Erwerbstätigkeit ent-

- 24 - binde, bis dieser angebliche Kurs abgeschlossen sei (Urk. 54/40 S. 23). Der Gesuchstellerin sei ab Januar 2022 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen (Urk. 54/40 S. 24). Weiter hätten die Parteien die Obhutsteilung per Februar 2022 bereits vollzogen. Der Gesuchsgegner betreue die beiden Kinder sogar in grossem Umfang, nämlich von Mittwoch, 12.00 Uhr, bis Freitag, 18.00 Uhr, sowie jedes zweite Wochenende von Freitag, 18.00 Uhr, bis Montagmorgen, Schulbeginn (Urk. 54/40 S. 20). Entsprechend sei das Einkommen des Gesuchsgegners ab Februar 2022 ohnehin um mindestens 20 % tiefer anzusetzen, was die Vorinstanz nicht berücksichtigt habe. Es sei Willkür, dem Gesuchsgegner ein 100%-Pensum aufzuzwingen, der Gesuchstellerin mit gleichem oder sogar geringerem Betreuungsanteil aber nur ein solches von 60 % (Urk. 54/40 S. 21). Der Gesuchsgegner argumentierte in der Erstberufungsantwort sodann, dass er bei einer Betreuung der Kinder im Umfang von über 50 % auch Anspruch darauf habe, das gleiche Jobpensum wie die Gesuchstellerin zu erfüllen (Urk. 49 S. 14 und S. 16). Auch wenn der

Gesuchsgegner flexibel in der Zeiteinteilung sei und am Wochenende Arbeiten verrichten könne, heisse dies nicht, dass er nebst der Kinderbetreuung nicht auch Anspruch auf Freizeit habe, wie sie von der Gesuchstellerin beansprucht werde. Alles andere wäre eine unhaltbare Ungleichbehandlung der Parteien (Urk. 49 S. 15 und Urk. 63 S. 12). Die Gesuchstellerin versuche, die Aussagen des Gesuchsgegners zu verdrehen. Seine Aussagen hätten sich offenkundig auf die Situation während des Zusammenlebens der Parteien bezogen, denn er habe darauf hingewiesen, trotz eines 100%-Jobs dank der Nähe seines Betriebs zum Wohnort mit den Kindern auch während des Tages zusammen gewesen zu sein, v.a. für alle Essenszeiten (Urk. 63 S. 11). Der Gesuchsgegner habe die Diskussion über die Koordination von Arbeit und Kinderbetreuung immer nur so aufgefasst, dass es um die Flexibilität bei der Einteilung bzw. Zuteilung der Betreuungstage gehe. Dabei sei es darum gegangen, dass er seinen Beruf auch an Wochenenden ausüben könne. Er habe ganz bestimmt nicht erklärt, er wolle und könne 100 % arbeiten und die Kinder noch 50 % betreuen (Urk. 71 S. 12).

### **E. 3.3**

Die Gesuchstellerin entgegnet, die Behauptungen des Gesuchsgegners, wonach zwischen den Parteien klar und es ihr Wunsch gewesen sei, wieder eine 50%-Tätigkeit in ihrem gelernten Beruf aufzunehmen, seien falsch und bestritten.

- 25 - Die vom Gesuchsgegner erwähnte Arbeitsstelle der Gesuchstellerin im Februar 2019 in der Zahnarztpraxis sei unbestrittenermassen für ein 10%-Pensum gewesen. Für die Parteien sei klar gewesen, dass die Gesuchstellerin in den ersten paar Jahren nach der Einschulung der Kinder kein oder nur ein geringes Einkommen erziele, was aufgrund des sehr hohen Einkommens und des enormen Vermögens des Gesuchsgegners auch nicht nötig gewesen sei (Urk. 54/47 Rz. 31). Die Vorinstanz habe es sinnvoll gefunden, dass die Gesuchstellerin sich weiterbilde. Deshalb habe die Vorinstanz erst per Juli 2022 die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens in Aussicht gestellt und eine Übergangsfrist bis zum Abschluss der Weiterbildung eingeräumt. Es sei unerfindlich, weshalb der Gesuchsgegner von einer laufenden angeblichen Übergangsfrist ab August 2019 ausgehe. Die Parteien hätten das Getrenntleben unbestrittenermassen am 1. November 2020 aufgenommen (Urk. 54/47 Rz. 33). Der Gesuchsgegner betreue die Kinder seit Februar 2022 nicht in grösserem Umfang, sondern in gleichem Umfang wie die Gesuchstellerin (Urk. 54/47 Rz. 29, Urk. 60 Rz. 8 und Urk. 60 Rz. 36). Entgegen den Ausführungen des Gesuchsgegners sei sein Einkommen ab Februar 2022 nicht tiefer anzusetzen, sondern ihm weiterhin ein Einkommen basierend auf einem Pensum von 100 % anzurechnen (Urk. 54/47 Rz. 30). Was der Gesuchsgegner im Zusammenhang mit seinem Arbeitspensum vortrage, sei treuwidrig und falsch. Er habe im vorinstanzlichen Verfahren mit Blick auf die Übernahme eines Betreuungsanteils von 50 % ausdrücklich behauptet, dass er über totale berufliche Flexibilität verfüge, ohne dass seine Erwerbstätigkeit eingeschränkt werde, er mithin auch bei einer alternierenden Obhut mit gleich grossen Betreuungsanteilen beider Parteien problemlos ein Arbeitspensum von 100 % ausüben könne. Darauf sei er zu behaften (Urk. 60 Rz. 37). Zudem verkenne der Gesuchsgegner, dass ihm die Vorinstanz – allerdings zu Unrecht – nicht ein Einkommen für ein 100%-Pensum angerechnet und ein angeblich überobligatorisches Einkommen bei der Überschussverteilung berücksichtigt habe (Urk. 54/47 Rz. 30).

### **E. 3.4**

Bei der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist der betroffenen Partei eine hinreichende Übergangsfrist einzuräumen, um die rechtlichen Vorgaben in die Tat umsetzen zu können. Eine gleichzeitig mit der Trennung einhergehende Umgestaltung des Betreuungsmodells würde sich mit dem Kindeswohl schlecht

- 26 - vereinbaren lassen. Die Trennung bedeutet für das Kind eine einschneidende Zäsur, die zuerst verarbeitet sein will. In Abhängigkeit vom Grad der Wiederaufnahme oder Ausdehnung, vom finanziellen Spielraum der Eltern und von weiteren Umständen des Einzelfalls sind Übergangsfristen zu gewähren, die nach Möglichkeit großzügig bemessen werden (BGE 144 III 481 E. 4.6). In der Regel beträgt die Übergangsfrist drei bis sechs Monate. Sie beginnt frühestens mit der erstmaligen gerichtlichen Eröffnung der Umstellungsfrist zu laufen. Nicht ausreichend ist die blosser Ankündigung anlässlich einer mündlichen Verhandlung, auch wenn bis zum Entscheid noch mehrere Wochen oder Monate vergehen. Eine rückwirkende Anrechnung des hypothetischen Einkommens ist nur in Ausnahmefällen möglich, wenn der betroffenen Person ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden kann oder wenn die geforderte Umstellung in ihren Lebensverhältnissen und das Erfordernis eines vermehrten beruflichen Einsatzes für sie vorhersehbar gewesen sind (OGer ZH LE220010 vom 17.06.2022, E. C.1.6.). Der erstinstanzliche Entscheid wurde der Gesuchstellerin am 23. März 2022 eröffnet (Urk. 39/1), weshalb die ihr einzuräumende Übergangsfrist erst an diesem Datum gestartet hätte. Indem sie bereits ab Februar 2022 ein Einkommen erzielt, welches das ihr gemäss Vorinstanz hypothetisch anzurechnende Einkommen übersteigt, und angesichts der sehr guten finanziellen Verhältnisse der Parteien fällt die rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ausser Betracht. Das tatsächlich erzielte Einkommen ab Februar 2022 gilt es für die Unterhaltsberechnung hingegen zu berücksichtigen.

### E. 3.5

Der Betreuungsanteil bei Schulkindern kann ermittelt werden, indem jeder Tag in drei Perioden (Morgen, Schulbeginn bis Schulschluss, Abend) unterteilt und über 14 Tage berechnet wird, für wie viele der insgesamt 42 Perioden jeder Elternteil verantwortlich ist (BGer 5A\_117/2021 vom 9. März 2022, E. 4.4; BGer 5A\_743/2017 vom 22. Mai 2019, E. 2.2). Nach der unangefochtenen Betreuungsregelung im Streitfall ergibt sich nach dieser Methode ab Februar 2022 ein Betreuungsanteil des Gesuchsgegners von 51.3 % und ein Betreuungsanteil der Gesuchstellerin von 48.7 %, wobei wegen der Wechsel am Mittwochmittag und mitten während des Freitagabends in der zweiten Woche von drei als neutral zu wertenden Betreuungsperioden auszugehen und mit 39 Betreuungsperioden zu rechnen ist:

- 27 - Woche 1 Woche 2 Mo Di Mi Do Fr Sa So Mo Di Mi Do Fr Sa So Morgen M M M V V V V M M V V M M Schule M M M/V V V V V M M M/V V V M M Abend M M V V V V M M V V V/M M M Die Betreuungsdifferenz von 2.6 % ist für sich selbst bereits verschwindend klein und vernachlässigbar. In casu kommt noch hinzu, dass sich die Parteien eine abweichende Betreuungsregelung von Fall zu Fall vorbehalten haben. Bei dieser Differenz handelt es sich somit um eine blosser Scheingenauigkeit, welche die Realität nicht zu widerspiegeln vermag. Es ist im Folgenden von einer hälftigen alternierenden Obhut der Parteien per Februar 2022 auszugehen.

### E. 3.6

Das Bundesgericht hat in BGE 144 III 481 das Schulstufenmodell etabliert. Gemäss diesem ist dem hauptbetreuenden Elternteil ab der obligatorischen Einschulung des jüngsten Kindes eine Erwerbsarbeit von 50 %, ab dessen Eintritt in die Sekundarstufe I eine solche von 80 % und ab dessen Vollendung des 16. Lebensjahres ein Vollzeiterwerb zuzumuten (BGE 144 III 481 E. 4.7.6). Bei einer hälftigen alternierenden Obhut ist den Eltern ab der obligatorischen Einschulung des jüngsten Kindes rein rechnerisch je eine Erwerbstätigkeit von 75 % zu zuzumuten. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, handelt es sich beim Schulstufenmodell allerdings nur um eine Richtlinie, von der aufgrund pflichtgemässer richterlicher Ermessensausübung im Einzelfall abgewichen werden darf (OGer ZH LZ220011 vom 21.11.2022, E. III.4.7; BGE 144 III 481 E. 4.7.9). Bei der Regelbildung hielt das Bundesgericht im Zusammenhang mit den kindbezogenen Gründen fest, dass keine rein ökonomische Betrachtung im Vordergrund stehe, nach der die Betreuungsform an dem auszurichten wäre, was insgesamt die grösste materielle Wohlfahrt verspreche. Vielmehr sei das Kindeswohl im konkreten Einzelfall massgebend (BGE 144 III 481 E. 4.7.1). Ungenügend ist indes eine pauschale Begründung, wonach genügend Mittel vorhanden seien, um den Bedarf der Familie zu decken und die Anrechnung eines höheren Erwerbsumsatzes nicht angezeigt sei. Dies würde auch dem Grundsatz der Ausschöpfung der Eigenversorgungskapazität widersprechen (BGer 5A\_42/2020 vom 30. März 2021, E. 5.5.). Bei einer Erwerbstätigkeit der Parteien von je 60 % kann zwar der Bedarf der Familie gedeckt und ein Über-

- 28 - schuss generiert werden. Für den gebührenden Unterhalt würden diesfalls die Mittel jedoch nicht ausreichen. Den Parteien ist deshalb trotz guter finanzieller Verhältnisse ab der alternierenden Obhut nicht ein 60%-Pensum zuzugestehen. Bei beiden ist von einem 75%-Pensum auszugehen.

## **E. 4**

Phasen der Unterhaltsberechnung

### **E. 4.1**

Zur Festlegung der Phasen ihrer Unterhaltsberechnung erwog die Vorinstanz, die Parteien würden seit dem 1. November 2020 getrennt leben. Per 1. Februar 2021 habe sich das anrechenbare Einkommen des Gesuchsgegners geändert, da er ab diesem Zeitpunkt wieder Mietzinse für die Geschäftsräume seines Einzelunternehmens zu bezahlen gehabt habe. Weiter erachte es das Gericht als angebracht, dass die Gesuchstellerin spätestens nach Abschluss ihrer Ausbildung per Ende Juni 2022 eine Erwerbstätigkeit im Teilzeitpensum aufnehme. Ab dem 1. Juli 2022 sei ihr somit ein – gegebenenfalls hypothetisches – Teilzeiteinkommen anzurechnen, womit eine weitere Veränderung der Unterhaltsansprüche einhergehe. Nach dem Gesagten erscheine es angemessen, die Berechnung der Unterhaltsbeiträge in folgende drei Phasen aufzuteilen: Phase I: 1. November 2020 bis 31. Januar 2021 ■ Phase II: 1. Februar 2021 bis 30. Juni 2022 ■ Phase III: Ab 1. Juli 2022. ■

### **E. 4.2**

Die Gesuchstellerin weist in ihrer Berufungsschrift darauf hin, dass sie per 1. Februar 2022 eine Arbeitsstelle angetreten habe und auch seit diesem Zeitpunkt die alternierende Obhut mit hälftigen Betreuungsanteilen beider Parteien gemäss dem vorinstanzlichen Urteil gelebt werde. Es sei daher im Berufungsverfahren eine neue Phase ab 1. Februar 2022 festzulegen (Urk. 40 Rz. 5).

### **E. 4.3**

Der Gesuchsgegner äusserte sich nicht explizit zu den Phasen.

### **E. 4.4**

Wie zu zeigen sein wird, sind die monatlichen Mietzinse für die Geschäftsräumlichkeiten des Einzelunternehmens des Gesuchsgegners nicht erst ab 1. Februar 2021, sondern bereits ab dem 1. November 2020 von seinem Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit abzuziehen (vgl. E. III.5.3.1.6.). Die vorinstanzliche Phase II erweist sich damit als obsolet. Da die Parteien die Kinder seit

- 29 - Februar 2022 hälftig betreuen und die Gesuchstellerin seit dann ein Einkommen im Rahmen eines 50%-Pensums erzielt, ist ab diesem Zeitpunkt eine Phase II zu bilden. Nach einer angemessenen Übergangsfrist hat die Gesuchstellerin ihre Leistungsfähigkeit auszuschöpfen, weshalb davon auszugehen ist, dass sie zusätzlich einer 25%-Tätigkeit als Prophylaxeassistentin nachgeht (vgl. E. III.6.2.4. und E. III.7.2.). Es ist von folgenden Phasen auszugehen: Phase I: 1. November 2020 bis 31. Januar 2022 ■ Phase II: 1. Februar 2022 bis 30. Juni 2024 ■ Phase III: Ab 1. Juli 2024. ■

### **E. 5**

Phase I (1. November 2020 bis 31. Januar 2022)

#### **E. 5.1**

Ausgangslage Beide Parteien anerkennen bzw. erheben keine Rügen gegen das durch die Vorinstanz berücksichtigte Einkommen der Kinder von je Fr. 200.–, die Höhe der Wohnkosten im Haushalt der Gesuchstellerin, der Krankenkassenprämien (KVG und VVG), der zusätzlichen Gesundheitskosten, der Kommunikationskosten und der Kosten für die Hausrat- und Haftpflichtversicherung (Urk. 40 und Ukr. 54/40 e contrario). Der Gesuchsgegner moniert zwar, dass die Vorinstanz nicht ersichtliche Berufskosten der Gesuchstellerin (Mobilitätskosten und auswärtige Verpflegung), berufliche Vorsorge und Hobby-Kosten aufgenommen habe (Urk. 54/40 S. 26 f.). Die Vorinstanz hat indes – wie die Gesuchstellerin zutreffend ausführt (Urk. 54/47 Rz. 41 f.) – für sämtliche bemängelte Positionen keinen Betrag im Bedarf eingesetzt, sondern diese Ausgaben erst für die Überschussverteilung herangezogen (Urk. 41 S. 24 f. und S. 61 f.), die unter E. III.5.6. thematisiert wird. Die diesbezüglichen Rügen des Gesuchsgegners erweisen sich auf Bedarfsebene als unbegründet. Die durch die Parteien nicht bemängelten vorinstanzlichen Erwägungen und festgesetzten Bedarfsbeträge erscheinen angemessen, weshalb auf diese verwiesen werden kann und auch für die hiesige Unterhaltsberechnung von folgenden Bedarfspositionen auszugehen ist (Urk. 41 S. 24 f.): GSin C. \_\_\_\_\_ D. \_\_\_\_\_ GGer Wohnkosten 1'153.– 576.– 576.– (strittig)

- 30 - Krankenkasse (KVG) 258.– 79.– 79.– 243.– Krankenkasse (VVG) 61.– 28.– 28.– 76.– Zusätzliche Gesundheitskosten 62.– 4.– 4.– 0.– Mobilitätskosten 0.– 0.– 0.– 0.– Auswärtige Verpflegung 0.– 0.– 0.– 0.– Telefon, Radio, TV (inkl. 195.– 0.– 0.– 150.– Serafe) Hausrat- und Privathaftpflichtversicherung 47.– 0.– 0.– 23.– Private Vorsorge 0.– 0.– 0.– 0.– Hobbys 0.– 0.– 0.– 0.– Weiterbildungskosten 0.– 0.– 0.– 0.–

#### **E. 5.2**

Einkommen der Gesuchstellerin

##### **E. 5.2.1**

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Gesuchstellerin während der vor- liegend relevanten Zeitperiode mit der Fotografie höchstens kostendeckende Ein- nahmen erzielt habe, weshalb in diesem Zusammenhang keine Einkommensan- rechnung erfolgen könne. Der Gesuchsgegner habe anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 28. Juni 2021 sinngemäss vorbringen lassen, die Gesuch- stellerin erziele bereits seit Sommer 2020 ein mehr oder weniger regelmässiges Einkommen als selbstständige Fotografin, das ihr entsprechend anzurechnen sei. Seitens der Gesuchstellerin sei dies bestritten worden, wobei entweder vorgebracht worden sei, man habe mit der Fotografie gar kein oder aber nur ein sehr geringfü- giges Einkommen erzielt. Trotz dieser Widersprüchlichkeit sei festzustellen, dass ein Einkommen der Gesuchstellerin als selbstständige Fotografin nicht belegt sei. Ausserdem befinde sich der Gesuchsgegner selber in einem Widerspruch, da er anlässlich der Hauptverhandlung vom 26. April 2021 habe behaupten lassen, die Tätigkeit der Gesuchstellerin als Fotografin werde noch während Jahren kein Net- toeinkommen abwerfen (Urk. 41 S. 42).

### **E. 5.2.2**

Der Gesuchsgegner stellt sich auf den Standpunkt, die Gesuchstellerin prä- sentiere sich auf LinkedIn ausdrücklich als "selbstständig", mithin um sich beruflich auf dem Markt anzubieten. Ebenso habe sie eine aufwändig gestaltete Webseite, mit der sie sich als professionelle Fotografin, inklusive professionellem Honorar,

- 31 - anbiete (Urk. 63 S. 16). In den durch die Gesuchstellerin aufgelegten Kontoauszü- gen würden sich keine Hinweise für eine "Weiterbildung" finden, die ihre Begrün- dung in einer Erwerbstätigkeit als Fotografin haben könnten. Hinweise auf das treu- widrige Verhalten der Gesuchstellerin würden sich daraus ergeben, dass Zahlun- gen an dieses "Ausbildungsinstitut", welche die Vorinstanz zu Recht als nicht be- achtliche "Weiterbildungskosten" qualifiziert habe, nunmehr aus dem Firmenkonto geleistet worden seien und ertragsmindernd gleichwohl wieder in eine Unterhalts- rechnung einbezogen werden sollen (jeweils Fr. 590.– am 30. Juli 2021 und 25. Au- gust 2021). Grössere Beträge, die ab diesem Konto überwiesen worden seien, hät- ten die gesamte Miete für die Privatwohnung (jeweils Fr. 2'545.– bzw. Fr. 2'555.–) sowie Kreditkartenrechnungen (z.B. Fr. 1'085.– am 19. Juli 2021), Überweisungen an die Gesuchstellerin selbst auf ein anderes Konto (Fr. 1'500.– am 19. Juli 2021) oder Pneu-Käufe (Fr. 1'393.75 vom 29. Oktober 2021) betroffen (Urk. 86 Rz. 3). Mindestens die geltend gemachten "Weiterbildungskosten" seien der Gesuchstel- lerin als nicht begründet aufzurechnen. Sie habe deshalb im Jahr 2021 aus ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit ein Nettoeinkommen von mindestens Fr. 755.– je Monat gehabt, das sie sich anrechnen lassen müsse, zumal der Gesuchsgegner über 50 % der Betreuung der Kinder übernommen habe (Urk. 86 Rz. 4). Vor Vor- instanz habe die Gesuchstellerin geltend gemacht, den ersten bezahlten Fotoauf- trag im April 2019 erhalten zu haben. Im Jahr 2020 habe sie die Jahresrechnung mit einer sinnlosen Lokalmiete belastet, wie die Einnahmen 2021 belegen würden. Diese Kosten von rund Fr. 10'000.– würden ihr entsprechend auch nicht mehr an- fallen, weshalb jede Grundlage fehle, das seit 2021 erzielte Einkommen aus selbst- ständiger Erwerbstätigkeit mit einer "Durchschnittsrechnung" mindern zu wollen (Urk. 86 Rz. 5).

### **E. 5.2.3**

Die Gesuchstellerin wendet ein, die Fotografie sei ein Hobby, das sie schon lange vor der Trennung der Parteien ausgeübt habe (Urk. 67 Rz. 14). In den Aus- zügen des Firmenkontos

habe es zahlreiche Gutschriften des Gesuchsgegners, die keine Einnahmen der Gesuchstellerin aus selbstständiger Erwerbstätigkeit, sondern (viel zu tiefe) Zahlungen des Gesuchsgegners an den Unterhalt der Gesuchstellerin und der Kinder darstellen würden. Aus dem Jahresabschluss 2021 gehe hervor, dass im Jahr 2020 ein Verlust von Fr. 5'793.76 und im Jahr 2021 ein Gewinn

- 32 - von Fr. 4'290.64 resultiert hätten. In der Steuererklärung 2021 sei auf Seite 2 der Hauptformulare versehentlich ein zu hohes Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 4'598.– deklariert worden, was die Gesuchstellerin dem Steueramt F. \_\_\_\_\_ am 5. Dezember 2022 mitgeteilt habe. Unterhaltsrechtlich sei der Durchschnitt beider Jahre massgebend. Die Gesuchstellerin habe somit unterhaltsrechtlich kein Einkommen erzielt. Hinzu komme, dass die im Jahr 2021 als Aufwand verbuchten AHV/IV/EO-Beiträge von Fr. 158.40 vollumfänglich die Beitragsperiode 2020 betreffen würden. Die Gesuchstellerin habe für das Jahr 2021 noch keine AHV/IV/EO-Beiträge bezahlt und werde somit mit Nachzahlungen für das Jahr 2021 konfrontiert, was den Gewinn des Jahres 2021 unterhaltsrechtlich entsprechend reduziere (Urk. 76 S. 2). Der Gesuchsgegner scheine zu übersehen, dass bei einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht nur die Einnahmen, sondern auch die Ausgaben, inkl. Weiterbildungskosten, und somit die Jahresabschlüsse der Gesuchstellerin massgebend und die Bankkontoauszüge von vornherein irrelevant seien. Insbesondere treffe nicht zu, dass die Lokalmiete im Jahr 2020 sinnlos gewesen sei und die Weiterbildungskosten nicht zu berücksichtigen seien, zumal die Ausbildung im Online-Marketing einen Bezug zur Fotografie aufweise. Die Gesuchstellerin habe im Jahr 2021 kein Einkommen als Fotografin von Fr. 755.– pro Monat erzielt (Urk. 91 S. 2).

#### **E. 5.2.4**

Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung gilt als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit der Reingewinn, der entweder als Vermögensstandsge- winn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des laufenden und am Ende des vorangegangenen Geschäftsjahrs) oder als Gewinn in einer ordnungsgemässen Erfolgsrechnung ausgewiesen wird. Um ein einigermaßen zuverlässiges Resultat zu erreichen und um Einkommensschwankungen Rechnung zu tragen, sollte auf das Durchschnittsnettoeinkommen mehrerer – in der Regel der letzten drei – Jahre abgestellt werden. Auffällige, d.h. besonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse, können unter Umständen ausser Betracht bleiben (OGer ZH LE190021 vom 01.11.2019, E. 3.2.4; BGE 143 III 617 E. 5.1.). Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass nach dem Schritt in die Selbstständigkeit erfahrungsgemäss mit zwei bis drei Jahren zu rechnen ist, bis ein volles Erwerbseinkommen erzielt werden kann (BGE 143 III 617 E. 5.4.3). Insbesondere im summarischen Verfahren

- 33 - ist zur Ermittlung des Einkommens grundsätzlich auf die Bilanz bzw. die Erfolgsrechnung abzustellen (OGer ZH LE190021 vom 01.11.2019, E. 3.2.4.).

#### **E. 5.2.5**

Der vorliegende Fall zeichnet sich durch die Besonderheit aus, dass die selbstständige Erwerbstätigkeit nur für zwei Jahre (2020 und 2021) aufgenommen wurde (vgl. auch E. III.6.2.4.). Für das Jahr 2020 weist die Gesuchstellerin einen Verlust von Fr. 5'793.76 und für das Jahr 2021 einen Gewinn von Fr. 4'290.64 aus (Urk. 78/2 und Urk. 77/1). Das Einstiegsjahr in die Selbstständigkeit erweist sich meist als herausfordernd, weil mangels

Erfahrungswert nur schwer einschätzbar ist, welche Einnahmen generiert werden können und welcher Geschäftsaufwand gedeckt werden kann. Aus dem Jahresabschluss 2021 geht hervor, dass die Einnahmen in den Jahren 2020 und 2021 mit einer Differenz von rund Fr. 3'680.– relativ nahe beieinander liegen. Es handelt sich bei beiden Jahren somit um keine Ausreisser, weshalb für das Einkommen der Gesuchstellerin der Durchschnitt beider Jahre massgebend ist. Nach dem Verlust im Jahr 2020 reagierte die Gesuchstellerin und verringerte ihren Geschäftsaufwand im Folgejahr ungefähr in der Höhe des Verlusts (Urk. 78/2). Insbesondere verzichtete sie auf die durch den Gesuchsgegner kritisierte Lokalmiete, die in der Höhe von durchschnittlich Fr. 810.– pro Monat im Jahr 2020 nicht übermässig war und nicht zu beanstanden ist. Entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners weist die Weiterbildung zur Dipl. Online-Marketingmanager/-in NDS HF einen Bezug zur selbstständigen Berufstätigkeit als Fotografin auf. So wird der Lehrgang als die Weiterbildung im Digitalen Marketing mit dem höchsten Praxisbezug "Ich setze um!" angepriesen. Zudem soll der Lehrgang viele neue Möglichkeiten des Internets für Marketing, Kommunikation und Verkauf bieten (Urk. 8/58). Einerseits bildet die Ausbildung eine solide Grundlage für das eigene Marketing und den eigenen Onlineauftritt. Andererseits spielt die Fotografie gerade in den sozialen Medien, im Online-Marketing, E-Commerce oder im Eventmanagement eine grosse Rolle. Der Gewinn von Fr. 4'290.64 im Jahresabschluss 2021 lässt sich auch anhand der Kontoauszüge und Rechnungen der G.\_\_\_\_\_ [Schule] plausibilisieren (Urk. 8/59, Urk. 8/66 und Urk. 78/1): Werden die durch den Gesuchsgegner geltend gemachten Privatbezüge und die Unterhaltszahlungen des Gesuchsgegners ausgeklammert, gehen aus dem Kontoauszug Einkünfte von rund Fr. 10'600.– und Ausgaben von rund Fr. 5'100.– hervor. Hinzu kommen die Kosten

- 34 - für das Zertifikat von Fr. 650.–. Insgesamt ergäbe dies gestützt auf die vorhandenen Belege einen Gewinn von Fr. 4'850.–. Für die Berechnung des Einkommens der Gesuchstellerin kann folglich ohne Weiteres auf den Jahresabschluss 2021 und den negativen Durchschnitt der beiden Geschäftsjahre 2020 und 2021 abgestellt werden. Die durch den Gesuchsgegner geforderte Edition weiterer Unterlagen (Urk. 86 S. 2) ist nicht erforderlich. Das Einkommen der Gesuchstellerin beträgt in der Phase I Fr. 0.–.

### **E. 5.3**

Einkommen des Gesuchsgegners

#### **E. 5.3.1**

Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit

##### **E. 5.3.1.1**

Zum Einkommen des Gesuchsgegners aus selbstständiger Erwerbstätigkeit hielt die Vorinstanz fest, er beziehe sein Einkommen unbestrittenermassen hauptsächlich aus seiner Tätigkeit als Einzelunternehmer. Das Bundesgericht erachte den Reingewinn als massgebliche Grösse für die Bezifferung des Einkommens von selbstständig Erwerbstitigen im Rahmen der Unterhaltsberechnung. Folglich bilde der durch das Einzelunternehmen erzielte Reingewinn Ausgangspunkt der Einkommensberechnung des Gesuchsgegners. Dabei gelte es zu beachten, dass das Einkommen selbstständig Erwerbender gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung durchaus auch anhand der Privatbezüge ermittelt werden könne. Die Addition von Nettogewinn und Privatbezügen stuft es hingegen als unzulässig ein; mithin würden sich diese beiden Berechnungsansätze gegenseitig ausschliessen. Mit den im Recht liegenden Steuererklärungen 2016 bis 2019

sowie dem Geschäftsabschluss 2020 lasse sich das anrechenbare Einkommen des Gesuchsgegners ohne Weiteres ermitteln, womit auf genauere Nachforschungen zu Privatbezügen – gerade in diesem summarischen Verfahren – verzichtet werden könne (Urk. 41 S. 55 f.). Noch vor der Ermittlung des durchschnittlichen Jahresreingewinns sei zu bestimmen, inwiefern die einzelnen Jahresergebnisse noch einer unterhaltsrechtlichen Korrektur nach oben bzw. nach unten bedürften. Dies betreffe unter anderem den vermeintlich über das Einzelunternehmen an die Gesuchstellerin ausbezahlten Lohn, der gemäss Ausführungen der Gesuchstellerin nie marktgerecht gewesen und folglich den Jahresergebnissen anzurechnen sei. Aus den Akten würden verschiedene Hinweise hervorgehen, dass diese Behauptung den

- 35 - Tatsachen entspreche. So sei evident, dass die Gesuchstellerin auch im Jahr 2021 noch als Geschäftsaufwand ausgewiesene Vergütungen über das Einzelunternehmen erhalten habe, obwohl sie gemäss Arbeitszeugnis des Gesuchsgegners spätestens ab Ende 2020 nicht mehr für sein Einzelunternehmen tätig gewesen sei. Somit würden berechnete Zweifel bestehen, ob diese Zahlungen als geschäftsmässig begründeter Aufwand zu deklarieren seien. Würde dies indes verneint, würde es sich dabei um verdeckte Privatbezüge handeln, die im Eheschutzverfahren wie oben dargestellt nicht an den Reingewinn anzurechnen wären, sofern das Einkommen eines selbstständig Erwerbenden aufgrund von Letzterem bestimmt würde. Somit seien diese Zahlungen bei der Ermittlung des Einkommens des Gesuchsgegners unbeachtlich (Urk. 41 S. 56). Aus den Akten würden die Jahresreingewinne des Einzelunternehmens für die Jahre 2016 (Fr. 306'644.-), 2017 (Fr. 308'820.-), 2018 (Fr. 279'961.-), 2019 (Fr. 161'989.-) und 2020 (Fr. 152'530.-) hervorgehen. Sodann liege ein Zwischenabschluss für das erste Halbjahr 2021 im Recht, wonach der Gewinn in dieser Periode Fr. 703.69 betragen habe. Ob ein Zwischenabschluss grundsätzlich in die Berechnung des durchschnittlichen Reingewinns miteinbezogen werden dürfe, müsse nicht beantwortet werden, da sich das Geschäftsjahr 2021 bei einer Hochrechnung des ersthalbjährlichen Reingewinns auf das Gesamtjahr im Vergleich zu den Vorjahren als aussergewöhnlich schlecht ausweise und als klarer Ausreisser folglich ausser Acht bleiben müsse. Gleichzeitig biete der erwähnte Zwischenabschluss ein Indiz dafür, dass es sich bei den im Vergleich zu den Jahren 2016 bis 2018 tiefer ausfallenden Jahresreingewinnen 2019 und 2020 gerade nicht um Ausreisser handle. Stattdessen ergebe sich das Bild, dass auf drei gute Geschäftsjahre zwei verhältnismässig schlechte Geschäftsjahre gefolgt seien und sich für 2021 ebenfalls ein schlechtes Jahresergebnis abzeichne. Die Gesuchstellerin habe geltend machen lassen, bei den Jahren 2019 und 2020 handle es sich um unbeachtliche Ausreisser, ohne dies jedoch ausreichend zu begründen. Vielmehr habe sie zuweilen widersprüchlich argumentiert, indem sie einerseits habe vorbringen lassen, das Jahr 2020 sei aufgrund der Coronavirus-Pandemie als Ausreisser zu qualifizieren, andererseits aber auch habe behaupten lassen, das Geschäftsmodell des Einzelunternehmens sei durch ebendiese Coronavirus-Pan-

- 36 - demie gar nicht betroffen. Dieser allseits vorhandenen Unsicherheit betreffend die tatsächliche Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners sei folglich Rechnung zu tragen, indem sowohl die aktenkundigen guten Jahresergebnisse als auch die aktenkundigen schlechten Jahresergebnisse in die Berechnung des durchschnittlichen Jahresreingewinns miteinbezogen würden (Urk. 41 S. 55 f.). Sodann sei zu berücksichtigen, dass der Gesuchsgegner aufgrund ausserordentlicher Umstände in den hier relevanten Jahren 2016 bis 2020 von einer Mietzinsstrierung seines Vaters für die Geschäftsräume profitiert

habe, weshalb sich sein Reingewinn in dieser Zeit ausserordentlich um monatlich Fr. 2'700.– erhöht habe. Per Ende 2020 habe der Vater diese Mietzinssistierung wieder aufgehoben. Wie aus den Kontoblättern des ersten Halbjahres 2021 hervorgehe, habe der Gesuchsgegner den monatlichen Geschäftsmietzins von Fr. 2'700.– indes erst ab Februar 2021 wieder bezahlt, womit dieser erst ab diesem Zeitpunkt und somit ab Phase II zu berücksichtigen sei (Urk. 41 S. 57). Gemäss obigen Ausführungen sei das Erwerbseinkommen des Gesuchsgegners in Phase I somit wie folgt zu bemessen (Urk. 41 S. 57): 2016 2017 2018 2019 2020 Jahresreingewinn 306'644.– 308'820.– 279'961.– 161'989.– 152'530.– Durchschnittlicher Jahresreingewinn (2016-2020) 241'989.– Durchschnittliches monatliches Erwerbseinkommen des 20'166.– Gesuchstellers in Phase I: In Phase II reduziere sich der Gewinn des Einzelunternehmens wegen des Endes der Mietzinssistierung monatlich um Fr. 2'700.–. Das dem Gesuchsgegner anzurechnende Einkommen betrage folglich noch Fr. 17'466.– (Urk. 41 S. 64).

### **E. 5.3.1.2**

Die Gesuchstellerin führt aus, die Vorinstanz habe in unrichtiger Rechtsanwendung erwogen, verdeckte Privatbezüge seien nicht an den Reingewinn anzurechnen (Urk. 40 Rz. 14 und Urk. 54/47 Rz. 49). Die Vorinstanz verkenne, dass lediglich offen deklarierte Privatbezüge über das Kontokorrentkonto nicht zum

- 37 - Reingewinn hinzugerechnet werden dürften, weil nur ausgewiesene Privatbezüge nicht als geschäftsmässig begründeter Aufwand verbucht würden und somit keinen Einfluss auf die Erfolgsrechnung hätten. Dies bedeute, dass die im Kontoblatt "... Privat" der Buchhaltung des Gesuchsgegners verbuchten Privatbezüge nicht zum Reingewinn hinzugerechnet werden dürften. Genau umgekehrt verhalte es sich bei verdeckten Privatbezügen. Würden solche Zahlungen als geschäftsmässig begründeter Aufwand verbucht, reduziere sich im entsprechenden Umfang der Gewinn in der Erfolgsrechnung (Urk. 40 Rz. 15 und Urk. 54/47 Rz. 50). Das der Gesuchstellerin über fünf Jahre im Durchschnitt ausbezahlte Einkommen betrage Fr. 31'420.–, was pro Monat Fr. 2'618.– entspreche. Diesem Betrag habe keine Gegenleistung zugrunde gelegen (Urk. 40 Rz. 16 und Urk. 54/47 Rz. 51) bzw. die Gesuchstellerin habe jährlich ein paar wenige Einsätze von maximal zwei Stunden für einfachste Hilfsarbeiten und letztmals im Jahr 2019 ganz kleine Arbeiten geleistet (Urk. 60 Rz. 14). Es handle sich um verdecktes Einkommen des Gesuchsgegners, weshalb der Betrag von Fr. 2'618.– pro Monat bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners hinzuzurechnen sei. Dies zeige sich eindrücklich daran, dass der Gesuchsgegner sogar noch im Jahr 2021 angebliche Lohnzahlungen an die Gesuchstellerin in seiner Buchhaltung als Geschäftsaufwand ausgewiesen habe, obwohl sie auch gemäss Arbeitszeugnis des Gesuchsgegners bei ihm ab 31. Dezember 2020 nicht mehr tätig gewesen sei (Urk. 40 Rz. 16, Urk. 54/47 Rz. 51 und Urk. 60 Rz. 14). Das vom Gesuchsgegner ausgestellte Arbeitszeugnis sei zudem unzutreffend (Urk. 60 Rz. 14). In Verletzung des rechtlichen Gehörs sei die Vorinstanz mit keinem Wort auf die substantiierten und belegten Ausführungen der Gesuchstellerin eingegangen, wonach erstens private Ausgaben als geschäftlicher Aufwand in der Buchhaltung des Gesuchsgegners verbucht worden seien und zweitens weitere, nicht im Konto "... Privat" verbuchte Zahlungen an den Gesuchsgegner geflossen seien, wodurch seine Leistungsfähigkeit im entsprechenden Umfang erhöht werde. Dies betreffe Zahlungen von mindestens Fr. 6'500.– im Jahr 2016, mindestens Fr. 6'818.– im Jahr 2017, mindestens Fr. 27'990.– im Jahr 2018 und mindestens Fr. 123.– im Jahr 2019, mithin insgesamt mindestens

Fr. 41'431.– in den Jahren 2016 bis 2019, die dem Gesuchsgegner anzurechnen seien.  
Werde auf den Fünfjahresdurchschnitt der Vorinstanz von 2016 bis 2020

- 38 - abgestellt, resultiere ein zusätzliches Einkommen von Fr. 8'286.– pro Jahr bzw. Fr. 691.– pro Monat (Urk. 40 Rz. 17 mit Verweis auf Urk. 21 Rz. 5 ff. und Urk. 54/47 Rz. 52). Die Aufstellungen des Gesuchsgegners zu den Privatbezügen und Ausgaben (Urk. 11/7 und Urk. 11/11) seien unbelegt, bestritten und in zeitlicher Hinsicht unvollständig. Die Bestätigung der Treuhänderin (Urk. 11/12) sei ein Gefälligkeits-schreiben ohne Beweiswert. Als Angestellte sei sie nicht unabhängig und der Gesuchsgegner und sie seien gut befreundet (Urk. 60 Rz. 26). Zusammenfassend sei dem Gesuchsgegner ab 1. November 2020 ein Gesamteinkommen von mindestens Fr. 27'359.– pro Monat anzurechnen, bestehend aus dem von der Vorinstanz berechneten durchschnittlichen Gewinn von Fr. 20'166.–, der Anrechnung des angeblichen Lohns der Gesuchstellerin von Fr. 2'618.–, den weiteren verdeckten Privatbezügen von Fr. 691.–, dem Vermögensertrag aus Wertschriften und Guthaben von Fr. 2'167.– und den Einkünften aus der Vermietung von Räumlichkeiten im Privatbesitz von Fr. 1'717.– (Urk. 40 Rz. 22 und Urk. 54/47 Rz. 57). Entgegen dem Gesuchsgegner hätten die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Fotografie der Gesuchstellerin nicht in der Buchhaltung des Gesuchsgegners verbucht werden dürfen. Die Gesuchstellerin habe nie eine fotografische Dokumentation seiner Arbeit offeriert und es sei unbestrittenermassen nie ein solcher Auftrag ausgeführt worden. Der fotografische Fokus der Gesuchstellerin habe nicht auf ..., sondern Menschen gelegen. Der Gesuchsgegner habe bisher auf Werbung verzichtet. In seiner Erfolgsrechnung seien denn auch keine Werbekosten enthalten (Urk. 60 Rz. 28). Ab Februar 2021 sei von einem um Fr. 2'700.– reduzierten Einkommen des Gesuchsgegners auszugehen, sofern der vorinstanzlichen Auffassung gefolgt würde. Dies sei allerdings völlig ungläubhaft bzw. offensichtlich rein prozesstaktisch konstruiert und von der Berufungsinstanz zu prüfen. Es dürfe nicht unbesehen auf die Bestätigung seines Vaters und die Kontoblätter abgestellt werden, weil sein Vater ein engstes Familienmitglied sei und es in den Kontoblättern unrichtige Buchungen (z.B. angebliche Lohnzahlungen an die Gesuchstellerin) gebe (Urk. 40 Rz. 23 und Urk. 54/47 Rz. 58). Ab Februar 2021 habe die Gesuchstellerin trotzdem auf ein Einkommen von Fr. 24'659.– pro Monat abgestellt, weil es bei der zugestandenen Begrenzung der Überschussanteile auf Fr. 4'000.– für die Gesuchstellerin und Fr. 1'000.– bei den Kindern pro Monat keine Rolle spiele (Urk. 40 Rz. 23).

- 39 - Den Rügen des Gesuchsgegners in dessen Berufungsschrift hielt die Gesuchstellerin entgegen, es entspreche der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass eine allfällige Sparquote erst im Rahmen der Überschussverteilung zu berücksichtigen sei (Urk. 54/47 Rz. 8). Die Einzahlungen in die Säule 3a der Gesuchstellerin seien der Sparquote zuzuweisen (Urk. 54/47 Rz. 18). Zwischen den Kontokorrentbezügen und den Mietzinszahlungen bestehe nicht der geringste Zusammenhang. Von den Kontokorrentbezügen sei der Betrag von Fr. 32'400.– für die Mietzinszahlungen nicht abzuziehen. Die Steuern würden zum Familienbedarf gehören und seien daher nicht in Abzug zu bringen (Urk. 54/47 Rz. 20, Rz. 23 und Rz. 26). Es sei unbelegt und bestritten, dass die Umsätze in den Jahren 2016 bis 2018 aufgrund eines lukrativen Auftrags der H.\_\_\_\_\_ AG ausserordentlich gewesen seien und dauerhaft von einem über Fr. 100'000.– geringerem Umsatz auszugehen sei (Urk. 54/47 Rz. 21 f.). Der Gesuchsgegner habe im Jahr 2018 ohne Berücksichtigung der Aufträge der H.\_\_\_\_\_ AG trotzdem hohe Umsätze von Fr. 331'842.40 (Gesamtumsatz von Fr. 459'291.90 abzüglich Umsätze der H.\_\_\_\_\_ AG von

Fr. 127'449.50) erzielt. Im Jahr 2019 habe der Umsatz mit Aufträgen der H.\_\_\_\_\_ AG Fr. 54'473.50 betragen, was 17.66 % des Gesamtumsatzes von Fr. 308'488.41 ausmache. Der Gesuchsgegner habe somit offensichtlich viele andere zahlungs- kräftige Auftraggeber (Urk. 60 Rz. 18). Die gesuchsgegnerischen Berechnungen zu seinem Einkommen seien unbelegt und falsch. Er sei ein ausgewiesener Experte und verrechne weitaus mehr als branchenübliche Stundenansätze, wobei die Höhe der branchenüblichen Stundenansätze mit Nichtwissen bestritten werde (Urk. 60 Rz. 43). Der Gesuchsgegner habe lediglich drei von ihm ausgewählte Rechnungen (Urk. 65/4) eingereicht, was mitnichten seinen üblichen Stundenansatz glaubhaft mache (Urk. 67 Rz. 10). Der Gesuchsgegner könne viel mehr als sieben Stunden pro Tag verrechnen. Wie in der Jahresrechnung 2021 ersichtlich sei (Personalaufwände und Treuhandhonorare), lagere er weiterhin administrative Tätigkeiten aus (Urk. 60 Rz. 43). Das vom Gesuchsgegner vorgerechnete Auftragsvolumen von Fr. 185'000.– sei offensichtlich aktenwidrig. Die Nettoerlöse von Kunden hätten sich gemäss Erfolgsrechnungen des Gesuchsgegners im Jahr 2016 auf Fr. 424'077.63, im Jahr 2017 auf Fr. 457'321.62, im Jahr 2018 auf Fr. 459'291.90 und im Jahr 2019 – bei einem Pensum von deutlich unter 100 % – noch auf Fr. 308'488.41 belaufen.

- 40 - Mit einem Pensum von 100 % könne der Gesuchsgegner einen Umsatz von Fr. 400'000.– erzielen (Urk. 60 Rz. 44). Die Mitarbeiterin sei in den Jahren 2016 bis 2021, mithin nicht nur wegen eines Grossauftrags, im Geschäft des Gesuchsgegners beschäftigt gewesen (Urk. 60 Rz. 41). Sie habe nicht aufgrund eines angeblichen Umsatzeinbruches, sondern auf eigenen Wunsch die ... [Einzelunternehmung] verlassen (Urk. 54/47 Rz. 21 und Urk. 60 Rz. 41). Der Geschäftsbereich für ...-arbeiten sei mit Ausbruch des Coronavirus nicht eingebrochen. Die von Berufskollegen und teilweise sehr guten Freunden des Gesuchsgegners eingeholten Stellungnahmen seien reine Gefälligkeitsschreiben ohne Beweiswert (Urk. 54/47 Rz. 21). ... seien gerade in Zeiten mit unsicheren Zukunftsaussichten sehr gefragt, weil ... als attraktive Geldanlagen gelten würden und die Nachfrage für ... anhaltend hoch sei (Urk. 54/47 Rz. 23). Aus den Buchungsprotokollen des ersten Halbjahrs 2021 gehe hervor, dass durchaus Zahlungen langjähriger Auftraggeber im ...-bereich (z.B. I.\_\_\_\_\_ AG, J.\_\_\_\_\_ AG, K.\_\_\_\_\_ AG und L.\_\_\_\_\_ von M.\_\_\_\_\_ AG) eingegangen seien (Urk. 60 Rz. 18). Es falle auf, dass im Abschluss für das erste Halbjahr 2021 ein angeblicher Gewinn von lediglich Fr. 703.69 ausgewiesen sei, im Abschluss für das ganze Jahr 2021 jedoch ein angeblicher Gewinn von Fr. 50'303.49 resultiere, mithin fast der gesamte angebliche Gewinn im zweiten Halbjahr 2021 generiert worden sei. Hätte es aufgrund der Corona-Pandemie angebliche Einbussen gegeben, so ziehe die Nachfrage offenbar wieder sehr stark an (Urk. 60 Rz. 19). Die Jahresrechnung 2021 sei irrelevant, weil das Jahr 2021 entsprechend den unangefochtenen Erwägungen der Vorinstanz als aussergewöhnlich schlechtes Jahr ausser Acht bleiben müsse (Urk. 60 Rz. 15). Es sei auch bestritten, dass der Jahresabschluss 2021 das tatsächliche Einkommen des Gesuchsgegners ausweise, da der Gesuchsgegner geschäftsmässig nicht begründeten Aufwand und private Ausgaben jeweils der Erfolgsrechnung belastet habe. Zudem könne der Gesuchsgegner den Eingang und die Verbuchung von Umsätzen selbst steuern. Ein sehr grosser Anteil seiner Kunden bezahle mit Bargeld (Urk. 60 Rz. 21). Sofern der Gesuchsgegner wider Erwarten ein geringeres Erwerbseinkommen als vor der Trennung erzielt habe, wäre dies darauf zurückzuführen, dass er absichtlich weniger gearbeitet habe, um im vorliegenden Verfahren ein tieferes Einkommen auszuweisen. Er habe gemäss Erfolgsrechnung auf Werbemassnahmen

- 41 - und damit auf die Akquise von Kunden und die Generierung von Umsatz verzichtet (Urk. 60 Rz. 22). Dass die Liste der angeblich in Rechnung gestellten Arbeiten und Lieferungen per 2022 vollständig sei und der Bruttoumsatz lediglich rund Fr. 123'000.– betragen habe, stehe im Widerspruch zu den Zahlungseingängen auf dem Geschäftskonto in den Monaten Januar und November 2022 von insgesamt Fr. 115'276.45 (Urk. 82/5), da noch mindestens die im November und Dezember 2022 in Rechnung gestellten Beträge von insgesamt Fr. 41'689.45 (Urk. 82/4) hin- zukommen würden, was Gesamteinnahmen von Fr. 156'965.90 ergebe. Selbst wenn die Zahlungseingänge im Januar 2022 von insgesamt Fr. 6'893.40 als im Jahr 2021 in Rechnung gestellt betrachtet würden, würde noch ein Umsatz von Fr. 150'072.50 resultieren. Zudem seien in beiden Dokumenten (Urk. 82/4 und Urk. 82/5) die nicht über das Geschäftskonto geflossenen Einnahmen, u.a. die zahlreichen Bargeldzahlungen der Kunden, nicht enthalten (Urk. 84 S. 2).

### **E. 5.3.1.3**

Der Gesuchsgegner rügt in der Zweitberufungsschrift, dass die Vorinstanz für die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge einzig den in der Jahresrechnung seines Geschäfts ausgewiesenen Gewinn als massgebend erachtet habe. Dieses Vorgehen sei rechtswidrig, weil dieser als Jahresgewinn dargestellte Betrag nie von den Parteien zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts verbraucht worden sei (Urk. 54/40 S. 7). Erstellt sei, dass im Zuge eines Erbausgleichs von 2016 bis 2020 monatlich Fr. 2'700.– in den Geschäftsbetrieb geflossen seien, indem der Vater den Mietzins in dieser Höhe ausgesetzt habe. Da der Gesuchsgegner bei den vorliegenden Verhältnissen nicht verpflichtet sei, sein Erbe für den Unterhalt zur Verfügung zu stellen, hätten die Fr. 32'400.– je Jahr von vornherein von einem in der Jahresrechnung ausgewiesenen Gewinn in Abzug gebracht werden müssen (Urk. 54/40 S. 14 und S. 19). Da der Gesuchsgegner die Miete seinem Vater nun wieder bezahle, werde das Geschäftsergebnis um Fr. 2'700.– zusätzlich belastet (Urk. 49 S. 15). Es sei zudem ausgewiesen, dass die Umsätze in den Jahren 2016 bis 2018 aufgrund eines einzigen lukrativen Auftrags (H.\_\_\_\_\_ AG bzw. N.\_\_\_\_\_) ausserordentlich gewesen seien, was auch dazu geführt habe, dass der Gesuchsgegner eine Mitarbeiterin habe einstellen können. 2019 sei dieser Auftrag aber praktisch ausgelaufen gewesen, ohne dass es Anschlussaufträge gegeben habe. Neue Aufträge zur Beschäftigung der Mitarbeiterin und zur Erzielung eines höheren Umsatzes habe der

- 42 - Gesuchsgegner nicht akquirieren können. Die Mitarbeiterin habe er entlassen müssen. Entsprechende Bemühungen seien mit dem Ausbruch von Corona ohnehin erfolglos geworden, weil sein angestammtes Spezialgebiet (Intérieurrestauration von ...-Fahrzeugen) extrem eingebrochen sei und sich bis heute nicht erholte habe. Dies sei vor Vorinstanz durch schriftliche Stellungnahmen von Berufskollegen belegt worden (Urk. 54/40 S. 16, Urk. 54/40 S. 19, Urk. 49 S. 13 und Urk. 104 S. 2). Der Gesuchsgegner habe mit den aufgelegten Geschäftsakten belegt, dass mit einem auf ...-Fahrzeuge beschränkten Geschäft wegen des enormen Zeitaufwands über Fr. 100'000.– je Jahr weniger an Umsatz bzw. Bruttogewinn erzielt werden könne. Im Jahr 2019 hätten noch keine Eheprobleme der Parteien bestanden, weshalb jede Grundlage fehle anzunehmen, der Gesuchsgegner hätte versucht, seinen Geschäftserfolg zu "steuern". Es sei ohnehin unzulässig, ausserordentliche Umsätze aufgrund eines speziellen Auftrags in den Jahren 2016 bis 2018 in eine Durchschnittsrechnung einzubeziehen, weil offenkundig sei, dass seit 2019 solche Umsätze nicht mehr erzielt würden. Es werde dem Gesuchsgegner auf diese Weise ein unzulässiges hypothetisches Einkommen aufgerechnet. 2021 seien die Aufträge wegen den weltweit

sehr unsicheren Zukunftsaussichten grösstenteils aus- geblieben. Mittlerweile hätten sich die Aussichten durch Krieg, Ankündigung einer Rezession, Zerfall von Börsenwerten, explodierende Energiekosten und Material- mangel weiter verschlechtert. Ausgangspunkt könne deshalb bestenfalls der aus- gewiesene Umsatz bzw. Bruttogewinn per 2020 bzw. könnten keine höheren Brut- toeinnahmen als Fr. 150'000.– sein, wobei dem Gesuchsgegner nach den darge- legten Abzügen netto keine Fr. 80'000.– bzw. höchstens Fr. 77'000.– verbleiben würden (Urk. 54/40 S. 17 und S. 19, Urk. 49 S. 13 und Urk. 63 S. 10). Aus der Jah- resrechnung 2021 sei die katastrophale Geschäftssituation ersichtlich, die sich aus dem Wegfall des lukrativen Grossauftrags und der Corona-Pandemie ergeben habe (Urk. 49 S. 8). Der Gesuchsgegner habe gerade noch einen Gewinn (inklu- sive seinen Unternehmerlohn) von Fr. 50'000.– erzielen können und sein Vermö- gen verwenden müssen, um die laufenden Ausgaben bestreiten zu können (Urk. 49 S. 9). Die im Jahr 2022 ausgeführten Arbeiten habe der Gesuchsgegner in Rech- nung gestellt und komme auf einen Bruttoumsatz (Einnahmen) von Fr. 123'000.–. Bereits im Jahr 2019, als noch keine Trennung im Raum gestanden habe, sei der

- 43 - Geschäftsumsatz und -gewinn im Vergleich zu den Vorjahren um gut 50 % zurück- gegangen. Dem Gesuchsgegner könne deshalb keine Manipulation des Geschäfts- ergebnisses unterstellt werden. Vielmehr habe sich das Auslaufen des lukrativen Militärauftrags ausgewirkt. Wegen des durch die Politik blockierten Exports von Rüstungsmaterial werde ein solcher Auftrag nicht mehr zu akquirieren sein (Urk. 63 S. 8). Der Gesuchsgegner sei aufgrund seiner seit Jahren erbrachten Top-Qualität bestens bekannt in Kreisen der ...-Besitzer, einschlägiger Händler und Fachbe- triebe. Inserate in Fachzeitschriften oder gar in der lokalen Presse würden deshalb keine zusätzlichen Aufträge bringen (Urk. 71 S. 8). Er pflege aber regelmässigen persönlichen Kontakt mit einschlägigen ...-betreibern und Händlern (Urk. 71 S. 9). Die Gesuchstellerin habe sehr wohl im Betrieb des Gesuchsgegners mitgearbeitet. Im Zuge der ehelichen Probleme habe die Gesuchstellerin immer weniger geleistet, woraus sich aber offenkundig nicht ableiten lasse, dass kein geschäftsmässig be- gründeter Aufwand vorliege. Den bestehenden Arbeitsvertrag habe der Gesuchs- gegner nicht sofort aufgelöst, weil er daran geglaubt habe, dass die Parteien ihre privaten Probleme gütlich lösen könnten (Urk. 49 S. 8). Wenn die Gesuchstellerin die aufgelegte Jahresrechnung 2019 sachgerecht studiert hätte, hätte sie aus dem ausgewiesenen Geschäftserfolg erkennen können, dass darin kein Lohn an sie er- folgsmindernd verbucht worden sei (Urk. 71 S. 7). Der Gesuchsgegner habe eine Bestätigung der Treuhänderin vorgelegt, wonach die Privatbezüge von ihr akribisch erfasst und ausgewiesen würden. Er habe die Privatbezüge auch in Urk. 11/7 de- tailliert dargestellt und mit den aufgelegten detaillierten Kontoauszügen untermau- ert (Urk. 49 S. 10). Der Gesuchsgegner rügt zudem, dass bei den von der Vorin- stanz herangezogenen Zahlen nicht von einem Reingewinn gemäss bundesge- richtlicher Rechtsprechung die Rede sein könne, weil die für Steuern (im Umfang von mindestens 23 %) und Sozialversicherungsabgaben (im Umfang von rund 12 bzw. 13 %) auf dem ausgewiesenen Gewinn anfallenden Mittelabgänge überhaupt nicht berücksichtigt worden seien. Hinzu würden Fr. 33'000.– bzw. im Jahr 2019 Fr. 20'000.– für die Einzahlungen in die Säule 3a kommen, weil der Gesuchsgegner kein BVG habe (Urk. 49 S. 9 und S. 19, Urk. 54/40 S. 15 sowie Urk. 63 S. 5).

#### **E. 5.3.1.4**

Auf die zutreffenden allgemeinen vorinstanzlichen Ausführungen zur Berechnung des Einkommens eines selbstständig Erwerbstätigen kann verwiesen

- 44 - werden. Die Vorinstanz legte nachvollziehbar dar, weshalb in casu auf den Durchschnitt der Geschäftsjahre 2016 bis 2020 abzustellen ist. Mittlerweile liegen die Erfolgsrechnungen der Geschäftsjahre 2021 bis 2023 vor, mit denen – im Vergleich zu den vorangegangenen Geschäftsjahren – ausserordentlich tiefe Gewinne von Fr. 50'303.49 (2021), Fr. 19'043.– (2022) und Fr. 50'086.61 (2023) ausgewiesen werden (Urk. 82/6, Urk. 97/2 und Urk. 109). Der Gesuchsgegner gab anlässlich seiner Parteibefragung vom 26. April 2021 an, dass die Aufträge der N. \_\_\_\_\_ bzw. H. \_\_\_\_\_ AG in die Jahre 2017 und 2018 gefallen seien (Prot. I S. 24; vgl. auch Urk. 54/47 S. 16 und S. 18). Bereits im Jahr 2016, mithin vor dem gemäss gesuchsgegnerischer Behauptung lukrativen Grossauftrag, erzielte der Gesuchsgegner ein im Vergleich zum Spitzenjahr 2017 rund Fr. 2'000.– tieferen und zum Jahr 2018 sogar rund Fr. 27'000.– höheren Gewinn (Urk. 4/10 S. 3 der Beilage Erfolgsrechnung, Urk. 4/11 S. 3 der Beilage Erfolgsrechnung und Urk. 4/12 S. 3 der Beilage Erfolgsrechnung). Der Gesuchsgegner widerlegte somit seine Parteibehauptung, dass er ohne den Grossauftrag der N. \_\_\_\_\_ bzw. H. \_\_\_\_\_ AG an seine früheren Erwerbseinkommen nicht anknüpfen könne, selbst. Seit der Trennung verschlechterten sich die Geschäftsergebnisse markant. Als selbstständig Erwerbstätiger vermag der Gesuchsgegner seinen Gewinn leicht zu beeinflussen. Ein derartiger Einbruch ohne Zutun des Gesuchsgegners scheint selbst bei der durch ihn geltend gemachten prekären Wirtschaftslage unglaublich. Seit Februar 2022 zeichnet der Gesuchsgegner zudem zur Hälfte für die Betreuung der Kinder verantwortlich. Es ist davon auszugehen, dass er ab diesem Zeitpunkt kein 100%-Pensum mehr ausübte. Die Jahre 2021 bis 2023 fallen auch aus diesen Gründen für die Berechnung des Durchschnittseinkommens bei einem 100%-Pensum ausser Betracht. Es erscheint weiterhin angemessen, auf die Durchschnittseinkommen der Jahre 2016 bis 2020 abzustellen. Die gesuchsgegnerischen Ausführungen zur Berechnung seines Einkommens mittels des branchenüblichen durchschnittlichen Stundenansatzes (Urk. 49 S. 17, Urk. 63 S. 9 und Urk. 71 S. 13) sind nicht massgebend. Entgegen der Vorinstanz ist – auch in Eheschutzverfahren – der anhand der Erfolgsrechnung ermittelte Unternehmensgewinn um verdeckte Privatbezüge zu erhöhen. Dabei handelt es sich um Vorgänge, die zwar materiell als Privatentnahme zu qualifi-

- 45 - zieren wären, jedoch nicht als solche verbucht wurden (OGer ZH LE180029 vom 06.09.2018, S. E. III.3.).

#### **E. 5.3.1.5**

Die Gesuchstellerin behauptete bereits vor Vorinstanz diverse verdeckte Privatbezüge des Gesuchsgegners detailliert unter Verweis auf die beidseits eingereichten Kontoauszüge und die durch den Gesuchsgegner vorgelegten Urkunden zu seinen Privatbezügen (Urk. 18/69, Urk. 20/2-3 und Urk. 21 Rz. 5 f.). Der Gesuchsgegner begnügte sich damit, diese – abgesehen von der Fotoausrüstung und den Ersatz... für Kunden – pauschal zu bestreiten und auf seine Aufstellungen der Privatbezüge sowie die Bestätigung seiner Treuhänderin zu verweisen (Prot. I S. 8 und S. 31, Urk. 10 S. 12, Urk. 11/11a-d und Urk. 11/12). Die Aufstellungen für die Privatbezüge in Urk. 11/11a-d enthalten nicht sämtliche im Kontoauszug des Kontobereichs ... bis ... festgehaltenen Privatbezüge (Urk. 20/3), weshalb Erstere durch den Gesuchsgegner selbst widerlegt wurden und auf Letztere abzustellen ist. Die Privatbezüge für die Säule 3a der Gesuchstellerin wurden vor Vorinstanz noch

zutreffend für die Jahre 2017 bis 2019 geltend gemacht (Urk. 21 Rz. 5). Es ist davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin in der Erstberufungsschrift aus Versehen jeweils um ein Jahr vorverrutscht ist (Urk. 40 Rz. 17). Die Gesuchstellerin übertrug am 21. Dezember 2017 von ihrem Sparkonto Fr. 6'500.– auf ihr Säule 3a-Konto (CH7; Urk. 18/71). Am 22. Dezember 2017 wurden vom Geschäftskonto des Gesuchsgegners Fr. 6'500.– auf das Privatkonto der Gesuchstellerin und von dieser sodann am 27. Dezember 2017 auf ihr Sparkonto überwiesen (Urk. 18/69). Aufgrund der zeitlichen Nähe kann angenommen werden, dass es sich hierbei um einen Ausgleich der Einzahlung für die Säule 3a handelte (vgl. auch die Parteiaussage der Gesuchstellerin in Prot. I S. 20 und den Steuerabzug in Urk. 4/11 S. 6). Im Kontoauszug seiner Privatbezüge sind am 22. Dezember 2017 lediglich eine Zahlung von Fr. 201.10 und eine von Fr. 5'000.– verbucht (Urk. 20/3 S. 16). Die Auszahlung von Fr. 6'500.– ist somit als verdeckter Privatbezug zugunsten der Gesuchstellerin zu qualifizieren. Am 18. Dezember 2018 erfolgte eine Gutschrift von Fr. 6'700.– vom gesuchsgegnerischen Geschäftskonto auf das Privatkonto der Gesuchstellerin, die den Betrag gleichentags auf ihr Säule 3a-Konto transferierte (Urk. 18/69). Als Privatbezug wies der Gesuchsgegner in seinem Kontoauszug der Privatbezüge bloss einen im Umfang von Fr. 33'000.– aus, was seinem Säule 3a-

- 46 - Beitrag im Jahr 2018 entspricht (Urk. 4/12 S. 6 und Urk. 20/3 S. 34). Mit der Gesuchstellerin ist deshalb davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner wiederum nur seinen Säule 3a-Konto-Beitrag, nicht aber denjenigen der Gesuchstellerin als Privatbezug deklarierte. Eine Übersicht der Privatbezüge im Jahr 2019 fehlt in Urk. 20/3 sowie in der Steuererklärung 2019 (Urk. 4/13). In den einzelnen Belegen zum Jahr 2019 lässt sich keiner für die am 16. Dezember 2019 vorgenommene Gutschrift von Fr. 6'300.– an die Gesuchstellerin finden (Urk. 18/69 und Urk. 20/3 S. 56 ff. e contrario). Folglich erscheint glaubhaft, dass es sich hierbei wie bereits in den Vorjahren um einen weiteren verdeckten Privatbezug handelte. Die Gesuchstellerin wies zutreffend darauf hin, dass in Urk. 20/3 Belege enthalten sind, die nicht im Konto "... Privat" der Buchhaltung, sondern in anderen Kontoblättern und somit als Geschäftsaufwand verbucht wurden (Urk. 21 Rz. 6): Die am 26. Januar 2017 in der Höhe von Fr. 118.– und am 26. April 2019 in der Höhe von Fr. 123.– bezahlten Rechnungen der O.\_\_\_\_ AG wurden gemäss Handnotiz dem Konto "... ("Drucksachen"; vgl. Urk. 4/11 und Urk. 4/13 jeweils S. 2 der Beilage Erfolgsrechnung) belastet (Urk. 20/30 S. 33 und S. 71). Die Rechnung der P.\_\_\_\_ AG vom 3. November 2018 für einen Fotokurs der Gesuchstellerin in der Höhe von Fr. 898.– wurde gemäss handschriftlicher Bezeichnung dem Konto "... ("Aus- und Weiterbildung"; vgl. Urk. 4/12 S. 1 der Beilage Erfolgsrechnung) zugewiesen (Urk. 20/3 S. 50). Die Rechnung der Q.\_\_\_\_ GmbH vom 30. Oktober 2018 betreffend Ersatzteile für ... in der Höhe von Fr. 188.– wurde mittels handschriftlicher Notiz dem Konto "... ("Reparaturen, Service, Reinigung"; vgl. Urk. 4/12 S. 2 der Beilage Erfolgsrechnung) zugeordnet (Urk. 20/3 S. 51). Sämtliche erwähnte Rechnungen sind in den Kontoauszügen des Konto "... Privat" auch nicht enthalten (Urk. 20/3 S. 15 und S. 34). Zu den Rechnungen der O.\_\_\_\_ AG und der Q.\_\_\_\_ GmbH äusserte sich der Gesuchsgegner nicht explizit. Bei Ersteren ist eine Geschäftsbezogenheit nicht evident. Die Ersatzteile könnten als ...-Ersatzteile zwar geschäftlich begründet gewesen sein. Die Gesuchstellerin besitzt aber unbestritten einen ... (Urk. 1 Rz. 41 und Urk. 10 S. 13) und ihre Behauptung, dass diese Ersatzteile für diesen verwendet worden seien (Urk. 21 Rz. 6), wurde mit der gesuchsgegnerischen Gegenbehauptung "wenn ein Kunde ein Ersatz... gebraucht hat, dann wurde ihm dieses gegeben, daher ist die geschäftliche Nutzung ausgewiesen" zu wenig

- 47 - genau und unpassend bestritten (Prot. I S. 31). Betreffend die Kosten im Zusammenhang mit der Fotografie machte der Gesuchsgegner einen betriebsbedingten Aufwand geltend, weil die Gesuchstellerin vorgeschlagen habe, Fotografien für sein Geschäft zu machen (Prot. I S. 31). Im auf den Fotokurs folgenden Jahr verbuchte der Gesuchsgegner – entgegen der Darstellungen der Gesuchstellerin – einen Werbeaufwand (Urk. 4/13 S. 2 der Beilage Erfolgsrechnung), womit eine Werbeaktivität des Gesuchsgegners erstellt ist. Die Finanzierung eines teuren Fotokurses für Werbefotos erscheint aber äusserst unüblich. Da die Gesuchstellerin die Fotografie damals bereits als intensives Hobby und später auch als selbstständig Erwerbende betrieb, ist der Fotokurs als Privatausgabe zu qualifizieren und dem Gewinn des Gesuchsgegners im Jahr 2018 aufzurechnen. Der Gesuchsgegner anerkannte sodann, dass die Gesuchstellerin die Tätigkeit bei ihm nach Offenbarung ihrer Beziehung zu R.\_\_\_\_\_ im August 2019 eingestellt habe (Prot. I S. 8 und Urk. 10 S. 6). Die Lohnfortzahlung des Gesuchsgegners an die Gesuchstellerin bis Ende 2020 ist mit ihrem Privatkontoauszug belegt (Urk. 18/69). Befindet sich ein Arbeitnehmer mit seiner Arbeitsleistung in Verzug, ohne dass Annahmeverzug des Arbeitgebers im Sinne von Art. 324 OR oder ein Verhinderungsgrund nach Art. 324a Abs. 1 OR vorliegt, entfällt der Lohnanspruch. Es gilt der Grundsatz: ohne Arbeit kein Lohn (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 324 N 1 f. und Art. 324a N 3). Selbst wenn der Arbeitsvertrag somit – wie vom Gesuchsgegner behauptet und durch sein eigenes Arbeitszeugnis bescheinigt (Urk. 33/3) – erst Ende 2020 beendet worden wäre, hätte mangels ersichtlichen Annahmeverzugs des Gesuchsgegners und persönlicher unverschuldeter Verhinderung der Gesuchstellerin keine arbeitsrechtliche Pflicht zur Lohnfortzahlung bestanden. Die durch den Gesuchsgegner ab September 2019 bis Ende 2020 entrichteten "Lohnzahlungen" an die Gesuchstellerin waren damit nicht geschäftlich begründet und sind verdeckte Privatbezüge. Von September bis Dezember 2019 wurden insgesamt Fr. 9'600.– (monatlich Fr. 2'400.–; Urk. 11/7d und Urk. 18/69) und im Jahr 2020 insgesamt Fr. 28'800.– (monatlich Fr. 2'400.–; Prot. I S. 24 und Urk. 18/69) überwiesen. Die verdeckten Privatbezüge lassen sich wie folgt zusammenfassen: 2017 2018 2019 2020

- 48 - Säule 3a-Beiträge 6'500.– 6'700.– 6'300.– 0.– O.\_\_\_\_\_ AG 118.– 0.– 123.– 0.– P.\_\_\_\_\_ AG 0.– 898.– 0.– 0.– Q.\_\_\_\_\_ GmbH 0.– 188.– 0.– 0.– Lohn an GSin 0.– 0.– 9'600.– 28'800.– Total 6'618.– 7'786.– 16'023.– 28'800.–

### **E. 5.3.1.6**

Die für die Unterhaltsberechnung massgeblichen wirtschaftlichen Verhältnisse des Unterhaltsschuldners bestimmen sich primär nach dessen laufendem Gesamteinkommen. Nur ausnahmsweise darf auf die Substanz des Vermögens gegriffen werden, wenn das Einkommen zur Deckung des Unterhalts nicht ausreicht. Durch Erbanfall erworbenes Vermögen hat grundsätzlich unberücksichtigt zu bleiben (BGE 147 III 393 E. 6.1.1. und E. 6.3.1.). Gleiches hat für Erbvorbezüge und Erbausgleichzahlungen zu gelten. Die Gesuchstellerin bestritt zwar, dass die Mietzinssistierung ausgelaufen sei, nicht aber deren Qualifikation als Erbausgleich. Diese wird überdies durch die Parteibefragung des Gesuchsgegners anlässlich der Hauptverhandlung vom 26. April 2021 und das Bestätigungsschreiben seines Vaters vom 24. April 2021 belegt (Prot. I S. 24 f. und Urk. 11/18a). Da der Unterhalt der Parteien und Kinder vorliegend ohne Weiteres aus den Gesamteinkommen der Parteien gedeckt werden kann, besteht kein Anlass, dass der Gesuchsgegner für seine Unterhaltsverpflichtung sein Vermögen angreifen müsste. Die Mietzinseinsparung von Fr. 2'700.– pro Monat ist somit vom unterhaltsrechtlich

relevanten Geschäftsgewinn entgegen der Vorinstanz von Anfang an und nicht erst seit dem Wegfall der Mietzinssistierung in Abzug zu bringen (Urk. 11/18b-c).

#### **E. 5.3.1.7**

Steuern sind bei der zweistufigen Methode mit Überschussverteilung unter das familienrechtliche Existenzminimum zu subsumieren (BGE 147 III 265 E. 7.2) und erst im Bedarf, nicht bereits bei der Einkommensermittlung zu thematisieren, worauf die Gesuchstellerin zutreffend hinwies (Urk. 54/47 Rz. 20 und Rz. 26).

- 49 -

#### **E. 5.3.1.8**

Wer in der Schweiz eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, ist für die AHV/IV/EO beitragspflichtig (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 1a Abs. 1 lit. b AHVG, Art. 2 IVG und Art. 27 Abs. 1 EOG). In Übereinstimmung mit dem Bundessteuerrecht wird das Beitragsobjekt (Erwerbseinkommen) gestützt auf Art. 9 AHVG und Art. 17 f. AHVV grundsätzlich so ermittelt, dass der Vermögensstandsgewinn massgebend ist, d.h. der Differenzbetrag zwischen dem Stand des Geschäftsvermögens zu Beginn und am Ende der Berechnungsperiode, korrigiert um die Privatbezüge und -einlagen (Thomas Locher/Thomas Gächter, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl., 2014, S. 489 f.). Das Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit und das im Betrieb eingesetzte eigene Kapital werden von den kantonalen Steuerbehörden ermittelt und den Ausgleichskassen gemeldet (Art. 9 Abs. 3 AHVG), wobei die steuerrechtlich zulässigen Abzüge der Beiträge nach Art. 8 AHVG sowie nach Art. 3 Abs. 1 IVG und nach Art. 27 Abs. 2 EOG von den Ausgleichskassen zum von den Steuerbehörden gemeldeten Einkommen hinzuzurechnen sind (Art. 9 Abs. 4 AHVG). Die Regelung der Beitragsbemessung in der AHV gilt auch für die IV (Art. 3 IVG) und EO (Art. 27 Abs. 2 EOG). Der Beitragssatz betrug bei einem jährlichen Einkommen von über Fr. 56'400.– in den Jahren 2016 bis 2018 bzw. von über Fr. 56'900.– im Jahr 2019 7.8 % bzw. bei einem Einkommen von über Fr. 56'900.– im Jahr 2020 8.1 % für die AHV (aArt. 8 Abs. 1 AHVG), bei einem jährlichen Einkommen von über Fr. 56'400.– in den Jahren 2016 bis 2018 bzw. von über Fr. 56'900.– in den Jahren 2019 und 2020 1.4 % für die IV (Art. 3 IVG i.V.m. aArt. 1bis IVV) und 0.5 % für die EO (Art. 27 Abs. 2 Satz 2 EOV). Für AHV/IV/EO fallen Beiträge von insgesamt 9.7 % in den Jahren 2016 bis 2019 und von insgesamt 10 % im Jahr 2020 an. Für die Bestimmung des AHV/IV/EO-Beitragsobjekts kann in casu auf die den Steuererklärungen beigelegten Erfolgsrechnungen abgestellt werden, zumal die kantonalen Steuerbehörden von dieser Höhe ausgingen. Hinzuzurechnende steuerrechtliche Abzüge nahm der Gesuchsgegner nicht vor (vgl. Urk. 4/10 S. 6, Urk. 4/11 S. 6, Urk. 4/12 S. 6 und Urk. 4/13 S. 6). Vom Einkommen sind für die AHV/IV/EO-Beiträge im Jahr 2016 Fr. 29'745.– (9.7 % von Fr. 306'644.– [Urk. 4/10 S. 3 der Beilage Erfolgsrechnung]), im Jahr 2017 Fr. 29'956.– (9.7 % von Fr. 308'820.– [Urk. 4/11 S. 3 der Beilage Erfolgsrechnung]), im Jahr 2018 Fr. 27'156.– (9.7 % von Fr. 279'961.– [Urk. 4/12 S. 3 der Bei-

- 50 - lage Erfolgsrechnung]), im Jahr 2019 Fr. 15'713.– (9.7 % von Fr. 161'989.– [Urk. 4/13 S. 3 der Beilage Erfolgsrechnung]) und im Jahr 2020 Fr. 15'253.– (10 % von Fr. 152'530.– [Urk. 11/20e]) zu subtrahieren. Andere Sozialversicherungsbeiträge – abgesehen von den unter dem Bedarf zu berücksichtigenden Krankenkassenprämien – sind bei selbstständiger Erwerbstätigkeit nicht obligatorisch (vgl. Art. 2 ff. BVG, Art. 2 AVIG, Art. 67 KVG und Art. 1a UVG). Der Gesuchsgegner behauptete ausdrücklich, dass

er über keine berufliche Vorsorge der 2. Säule verfüge (Urk. 49 S. 9 und S. 19, Urk. 54/40 S. 15 sowie Urk. 63 S. 5), und machte keine Beiträge an andere freiwillige Sozialversicherungen geltend, die abzuziehen wären.

#### **E. 5.3.1.9**

Einzahlungen in die 3. Säule gehören grundsätzlich zur Sparquote (Arndt, Die Sparquote, Basis für die naheheliche Unterhaltsberechnung, in: Fankhauser/ Reusser/Schwander [Hrsg.], Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, 2017, S. 43 ff., S. 52). Bei gehobeneren Verhältnissen können auch private Vorsorgeaufwendungen von selbstständig Erwerbenden im Bedarf berücksichtigt werden (BGE 147 III 265 E. 7.2), insbesondere wenn sie wie vorliegend an die Stelle der obligatorischen beruflichen Vorsorge (2. Säule) treten. Damit werden selbstständig Erwerbende den übrigen Arbeitnehmern gleichgestellt, bei denen die Einzahlungen in die 2. Säule schon im Nettolohn enthalten sind (Philipp Maier, Unterhaltsfestsetzung in der Praxis, Ein Kasuistikhandbuch mit Fallbeispielen, 2023, N 1136). Der Gesuchsgegner überwies im Jahr 2016 Fr. 32'000.– (Urk. 4/10 S. 6), im Jahr 2017 Fr. 33'840.– (Urk. 4/11 S. 6), im Jahr 2018 Fr. 33'000.– (Urk. 4/12 S. 6), im Jahr 2019 Fr. 20'000.– (Urk. 4/13 S. 6), im Jahr 2020 Fr. 0.– (Urk. 63 S. 3) und im Jahr 2021 Fr. 37'946.– (Urk. 82/6 Ziff. 16.1) auf sein Säule 3a-Konto. Wegen den ungleich hohen Beträgen erscheint es zweckmässig, für den Bedarf auf den Durchschnittswert dieser Jahre abzustellen, wobei das Jahr 2020 als Ausreisser ausser Betracht fällt. Im Bedarf des Gesuchsgegners – und nicht als Abzug des Einkommens – sind folglich Fr. 2'613.– pro Monat für die Beiträge an die Säule 3a einzusetzen.

#### **E. 5.3.1.10**

Im Übrigen ist eine nachgewiesene Sparquote – wie die Gesuchstellerin zutreffend vorbringt (Urk. 54/47 Rz. 8, Rz. 12 und Rz. 20) – von einem allfälligen - 51 - Überschuss abzuziehen (BGE 147 III 265 E. 7.3). Die Sparquote wird unter E. III.5.5. thematisiert.

#### **E. 5.3.2**

Vermietung von Räumlichkeiten im Privatbesitz

##### **E. 5.3.2.1**

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die unbestrittenen Einkünfte des Gesuchsgegners aus der teilweisen Vermietung seiner Räumlichkeiten im Privatbesitz an das Einzelunternehmen unbeachtlich seien. Es gehe nicht aus den Akten hervor und werde von der Gesuchstellerin nicht vorgebracht, dass die entsprechenden Mietzinse nicht marktüblich wären, weshalb sie ordnungsgemäss als geschäftsmässig begründeter Aufwand zu verbuchen seien. Es sei auch nicht angezeigt, dem Gesuchsgegner die entsprechenden Einnahmen als Nebeneinkünfte anzurechnen, da der Gesuchsgegner schon zu 100 % erwerbstätig sei (Urk. 41 S. 58).

##### **E. 5.3.2.2**

Die Gesuchstellerin bemängelt, die Vorinstanz sei in falscher Rechtsanwendung zum Schluss gekommen, dass die gesuchsgegnerischen Einkünfte aus der teilweisen Vermietung seiner Räumlichkeiten im Privatbesitz unbeachtlich seien. Im Zusammenhang mit der Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners sei nicht relevant, ob es sich um

marktübliche Mietzinse und geschäfts- mässig begründeten Aufwand handle. Massgebend sei vielmehr, dass der Ge- suchsgegner aus der Vermietung privater Räumlichkeiten an sein Geschäft zusätz- liche Einkünfte von Fr. 1'717.– pro Monat habe (Urk. 40 Rz. 20 und Urk. 54/47 Rz. 55). Die Mietzinsen für die Vermietung der privaten Räumlichkeiten seien dem Gesuchsgegner ausbezahlt und deshalb auch in der Erfolgsrechnung als Ausga- ben verbucht worden, sodass der Gewinn des Geschäfts um diesen Betrag gemin- dert worden sei und unterhaltsrechtlich eine entsprechende Aufrechnung beim Ein- kommen des Gesuchsgegners zu erfolgen habe (Urk. 60 Rz. 30). Es sei unglaub- haft, dass die Mietzinserträge nur in den Jahren 2018 und 2019 angefallen seien, und stehe im Widerspruch zu den Aussagen des Gesuchsgegners in seiner per- sönlichen Befragung, dass er seither dem Geschäft monatlich Fr. 500.– (anstatt wie zuvor Fr. 1'700.–) für Büroräumlichkeiten in Rechnung stelle (Urk. 60 Rz. 32). Das Argument des 100%-Pensums komme nur bei einem Nebeneinkommen, nicht aber bei einem Vermögensertrag aus der Vermietung privater Räume zum Tragen.

- 52 - Diese tatsächlich erzielten Einkünfte seien auf jeden Fall als Einkommen des Ge- suchsgegners anzurechnen. Dieser Umstand wäre höchstens im Rahmen der Überschussverteilung beachtlich, wobei es hierfür aber keinen Grund gebe (Urk. 40 Rz. 21 und Urk. 54/47 Rz. 56). Der Gesuchsgegner könne zudem seine Lagerflä- che im oberen Stock vermieten, womit er monatlich Einnahmen von mindestens Fr. 1'250.– (entsprechend der Hälfte des gesamten Nettomietzinses) generieren könne (Urk. 60 Rz. 23). Der Gesuchsgegner anerkenne in seinen Ausführungen, dass es in seiner riesigen Garage mindestens einen freien Platz für ein weiteres Fahrzeug gebe. Zur Ausschöpfung seiner Leistungsfähigkeit habe er diesen Park- platz für mindestens Fr. 240.– pro Monat zu vermieten (Urk. 60 Rz. 56).

#### **E. 5.3.2.3**

Der Gesuchsgegner führt aus, die Vorinstanz habe zu Recht die vom Ge- schäft bezogenen Mietzinse nicht als Einkommen berücksichtigt, weil diese offen- kundig nicht zur Bestreitung des Lebensaufwands verwendet worden seien (Urk. 54/40 S. 13). Die Gesuchstellerin wisse ganz genau, dass der Gesuchsgeg- ner keine Einnahmen aus der Vermietung von privaten Räumlichkeiten habe. Ein- zig in den Jahren 2018 und 2019 seien wegen einer falschen Empfehlung des kan- tonalen Steueramtes monatlich Fr. 1'717.– für die (Mit-)Benützung von privaten Räumlichkeiten dem Geschäftsbetrieb des Gesuchsgegners belastet worden (Urk. 49 S. 11 f. und Urk. 71 S. 11). Seit 2019 würden solche Belastungen der Ge- schäftsbuchhaltung nicht mehr stattfinden und deshalb enthalte das ausgewiesene Geschäftsergebnis auch keine solchen Kürzungen (Urk. 63 S. 9). Der Gesuchsgeg- ner könne sein umfangreiches Materiallager nicht in seiner Werkstatt unterbringen. Es sei nicht nachvollziehbar, wie er sein Betriebslager solle vermieten können (Urk. 71 S. 9). Der Gesuchsgegner müsse nicht zur Erzielung zusätzlicher Einkom- men sein Einfamilienhaus noch mit Dritten teilen. Hinzu komme, dass er mit seinem Nachbar für den Erhalt eines Näherbaurechts auch die Verpflichtung habe einge- hen müssen, die Garage nicht auch noch geschäftlich zu nutzen (Urk. 71 S. 16).

#### **E. 5.3.2.4**

Bei der Bemessung des Unterhaltsbeitrages ist grundsätzlich vom tatsäch- lich erzielten Einkommen der Parteien auszugehen. Soweit dieses Einkommen al- lerdings nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ein hypo- thetisches Einkommen

angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar

- 53 - und möglich ist (Philipp Maier, a.a.O., N 780 ff.). Da in casu auch ohne Anrechnung eines hypothetischen Einkommens des Gesuchsgegners ein Überschuss erzielt wird (vgl. E. III.5.7.), kann der Gesuchsgegner nicht verpflichtet werden, seine privaten Räumlichkeiten zu vermieten. Als effektives Einkommen sind aber die Mietzinse für die Geschäftsräume in seinen privaten Räumlichkeiten zu bewerten. Ob er diese tatsächlich von seinem Geschäftskonto bezogen oder bloss seinen Erfolg buchhalterisch um diesen Aufwand geschmälert hat und dieser mangels tatsächlichen Aufwands wieder aufzurechnen wäre, kann offenbleiben. Dem Gesuchsgegner sind für das Jahr 2018 Fr. 20'604.– (Urk. 4/12 S. 5) und für das Jahr 2019 Fr. 6'000.– (Urk. 4/13 S. 5) als Mietzinseinnahmen aus den Räumlichkeiten in seinem Privatbesitz anzurechnen. In der Erfolgsrechnung 2020 wurde kein Mietaufwand ausgewiesen (Urk. 11/20d), weshalb keine zusätzlichen Mietzinseinnahmen zu berücksichtigen sind.

### **E. 5.3.3**

Vermögensertrag aus Wertschriften und Guthaben

#### **E. 5.3.3.1**

Gemäss Vorinstanz sei ein Vermögensertrag praxisgemäss unbeachtlich, wenn der davon profitierende Ehegatte schon zu 100 % erwerbstätig sei. Aus den durch die Gesuchstellerin eingereichten Steuerunterlagen 2016 bis 2019 sowie dem durch den Gesuchsgegner eingereichten Steuerausweis 2020 gehe hervor, dass der Gesuchsgegner in diesen Jahren tatsächlich praktisch keinen Vermögensertrag erzielt habe. Ein Vermögensertrag sei dem Gesuchsgegner nicht anzurechnen (Urk. 41 S. 58).

#### **E. 5.3.3.2**

Die Gesuchstellerin bringt vor, es treffe nicht zu, dass ein Vermögensertrag bei einem Arbeitspensum von 100 % nicht beachtlich sei. Hinzu komme, dass der Gesuchsgegner seit dem Jahr 2019 einen deutlichen Umsatzrückgang gehabt habe und – soweit das zutreffe – nicht mehr zu 100 % erwerbstätig wäre. Einen Gewinnrückgang aufgrund geringerer Umsätze und damit weniger Arbeit hätte er jedenfalls durch gewinnbringende Anlegung seines Vermögens zu kompensieren (Urk. 40 Rz. 18 und Urk. 54/47 Rz. 53). Zumindest auf dem in Wertschriften und Guthaben vorhandenen Vermögen in der Höhe von unbestrittenermassen Fr. 1'300'000.– sei dem Gesuchsgegner ein (hypothetischer) Vermögensertrag von

- 54 - mindestens 2 % bzw. Fr. 2'167.– pro Monat anzurechnen (Urk. 40 Rz. 19 und Urk. 54/47 Rz. 54).

#### **E. 5.3.3.3**

Der Gesuchsgegner erwidert, er habe nicht nur die Steuererklärungen samt Beilagen, sondern auch die jeweils aktuellen detaillierten Kontoauszüge lückenlos aufgelegt. Daraus gehe ohne Weiteres hervor, dass er keinen Vermögensertrag erziele und sehr "konservativ" bezüglich der Aufbewahrung seines Geldes gewesen sei. Es sei zudem notorisch, dass spätestens seit 2021 keine Zinsen mehr auf Bankguthaben bezahlt würden. Der Gesuchsgegner könne nicht verpflichtet werden, irgendwelche spekulativen Anlagen in der Hoffnung auf einen Vermögensertrag zu tätigen (Urk. 49 S. 11 und Urk. 71 S. 10 f.).

#### **E. 5.3.3.4**

Aus der Steuererklärung 2021 des Gesuchsgegners geht ein Vermögensertrag von Fr. 1'855.– hervor (Urk. 82/6 Beilage Wertschriften- und Guthabenverzeichnis). Für das Jahr 2020 reichte der Gesuchsgegner lediglich die Steuerausweise des Jahres 2020 für das ZKB Privatkonto "Lohn", das ZKB Privatkonto sowie das ZKB Firmenkonto ins Recht (act. 11/19a-c). Es ist aber davon auszugehen, dass er auch im Jahr 2020 – wie in den Jahren 2016-2019 und 2021 – Erträge aus seinen Namenaktien bei der S.\_\_\_\_ Ltd, T.\_\_\_\_ AG, U.\_\_\_\_ AG, V.\_\_\_\_ AG, W.\_\_\_\_ AG und AA.\_\_\_\_ AG erzielte (vgl. 4/10-13 und Urk. 82/6 jeweils Beilage Wertschriften- und Guthabenverzeichnis). Es rechtfertigt sich deshalb, von einem jährlichen Vermögensertrag von Fr. 1'855.– auszugehen, was monatlichen Einkünften von gerundet Fr. 155.– entspricht. Da das durch den Gesuchsgegner effektiv erzielte Einkommen bei Weitem ausreicht, den Bedarf der Familie zu decken, ist ihm darüber hinaus kein hypothetisches Einkommen anzurechnen, wie dies die Gesuchstellerin fordert.

#### **E. 5.3.4**

Fazit Nach dem Erwogenen lässt sich das Einkommen des Gesuchsgegners wie folgt tabellarisch zusammenfassen: 2016 2017 2018 2019 2020 Jahresreingewinn 306'644.– 308'820.– 279'961.– 161'989.– 152'530.–

- 55 - zzgl. verdeckte Privatbe- keine 6'618.– 7'786.– 16'023.– 28'800.– züge zzgl. Miete für die Ge- schäftsräume im Eigen- keine keine 20'604.– 6'000.– keine tum des GG abzgl. Miete für die Ge- schäftsräume im Eigen- 32'400.– 32'400.– 32'400.– 32'400.– 32'400.– tum des Vaters des GG abzgl. Sozialversiche- 29'745.– 29'956.– 27'156.– 15'713.– 15'253.– rungsbeiträge des GG Total 244'499.– 253'082.– 248'795.– 135'899.– 133'677.– Durchschnittlicher effektiver Jahresreingewinn (2016-2020) 203'190.– Durchschnitt pro Monat 16'933.– zzgl. Vermögensertrag Fr. 155.– Durchschnittliche monatliche Einkünfte des GG in Phase I: 17'088.–

#### **E. 5.4**

Bedarf

##### **E. 5.4.1**

Grundbeträge

###### **E. 5.4.1.1**

Die Gesuchstellerin rügt, dass die Vorinstanz offensichtlich zu Unrecht für die Vergangenheit die Grundbeträge so festgesetzt habe, wie wenn schon vor dem 1. Februar 2022 eine alternierende Obhut gelebt worden wäre (Urk. 40 Rz. 8).

###### **E. 5.4.1.2**

Wie bereits festgestellt, wird die alternierende Obhut erst seit dem 1. Februar 2022 gelebt (vgl. E. III.2), weshalb bei der Gesuchstellerin ein Grundbetrag von Fr. 1'350.– und beim Gesuchsgegner einer von Fr. 1'200.– zu berücksichtigen ist. Der gesamte Grundbetrag der Kinder von jeweils Fr. 400.– fällt im Haushalt der Gesuchstellerin an.

- 56 -

#### **E. 5.4.2**

Wohnkosten des Gesuchsgegners

##### **E. 5.4.2.1**

Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsgegner wohne in einer sich in seinem Eigentum befindlichen Liegenschaft. Gemäss unbestrittener Behauptung der Gesuchstellerin sei die Liegenschaft nicht mit einer Hypothek belastet. Sodann habe der Gesuchsgegner anlässlich der Hauptverhandlung vom 26. April 2021 verschiedene Zahlen zu seinen Wohnkosten vorbringen lassen. Dabei handle es sich um monatliche Kosten für die Gebäudeversicherung, den Kaminfeger, die Heizung sowie Unterhaltsarbeiten. Insgesamt komme der Gesuchsgegner auf Wohnkosten von Fr. 610.– pro Monat. Anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 28. Juni 2021 habe der Gesuchsgegner sodann geltend machen lassen, "dass für Unterhaltsarbeiten für seine Liegenschaft mindestens 1 % von Fr. 900'000.– zusätzlich neben den Heizkosten einzurechnen" seien, was die Gesuchstellerin bestritten und verlangt habe, dass auf die an der Hauptverhandlung vom 26. April 2021 vorgebrachten Zahlen abgestellt werde. Das Gericht erachte diese Zahlen im Gesamtbetrag von Fr. 610.– monatlich hingegen – in Anbetracht der anrechenbaren Wohnkosten für die Gesuchstellerin und angesichts der guten finanziellen Verhältnisse des Gesuchsgegners – für ein Einfamilienhaus als deutlich zu tief und nicht sachgerecht. Praxisgemäss seien dem Gesuchsgegner vielmehr jährlich 1 % des Liegenschaftswerts (Fr. 926'000.–) für Nebenkosten sowie 20 % des Eigenmietwerts (Fr. 32'400.–) für Unterhaltskosten anzurechnen. Dies ergebe jährliche Wohnkosten von total Fr. 15'740.– und monatlich gerundet Fr. 1'312.–. Ebenfalls praxisgemäss seien den beiden Kindern je 25 %, also je Fr. 328.– anzurechnen. Beim Gesuchsgegner verblieben somit Fr. 656.– (Urk. 41 S. 27 f.).

#### **E. 5.4.2.2**

Die Gesuchstellerin bemängelt, dass die vorinstanzlichen Erwägungen falsch seien, da entweder von 1 % des Liegenschaftswerts oder von 20 % des Eigenmietwerts auszugehen sei, jedoch nicht beides kumulativ der Bemessung der Wohnkosten zugrunde gelegt werden dürfe. Dies habe der Gesuchsgegner auch nicht geltend gemacht. Vorliegend sei einzig maximal 1 % des Liegenschaftswerts zu berücksichtigen, was Fr. 9'260.– pro Jahr bzw. Fr. 772.– pro Monat entspreche (Urk. 40 Rz. 9). Sowohl die unregelmässig anfallenden Unterhalts-/Renovationskosten als auch die laufenden, regelmässig anfallenden Nebenkosten seien be-

- 57 - kanntlich im Betrag von 1 % des Verkehrswerts der Liegenschaft enthalten (Urk. 60 Rz. 12). Unbestrittenermassen entfalle ein grosser Teil dieser Kosten auf die riesige Garage, in welcher der Gesuchsgegner zwölf Fahrzeuge habe. Es handle sich um ein frisch renoviertes Haus und es stünden keine Renovationen an (Urk. 40 Rz. 9). Die Bodenbeläge seien erneuert, die Räume gestrichen, drei Nasszellen erneuert und neue Steckdosen/Schalter eingebaut worden (Urk. 60 Rz. 10). Auch diese Umstände, welche die Vorinstanz in Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht gewürdigt habe, zeigten auf, dass keinesfalls höhere Wohnkosten als Fr. 772.– pro Monat anfallen würden. Erst ab dem 1. Februar 2022 sei vom Betrag von Fr. 772.– je ein Viertel bzw. Fr. 193.– auf die Kinder auszuscheiden (Urk. 40 Rz. 9).

#### **E. 5.4.2.3**

Der Gesuchsgegner erwidert, er habe nicht zwölf Fahrzeuge und keine riesige Garage, welche Liegenschaftskosten verursache. Weder sei die Garage an die Heizung angeschlossen noch seien für diese mit der Wohnliegenschaft verbundene Gebühren zu bezahlen. Die laufenden, nicht in bestimmten Zeitabschnitten anfallenden

Unterhaltsarbeiten seien mit 1 % des Liegenschaftswerts zu beachten. Die laufenden Nebenkosten, welche er substantiiert geltend gemacht und belegt habe, seien auch zu berücksichtigen. Die Gesuchstellerin habe diese explizit bestätigt. Ihr Einwand, für den üblichen Unterhalt der Liegenschaft sei daneben nichts zu berücksichtigen, sei verfehlt. Es handle sich nicht um ein frisch renoviertes Haus. Die Garage sei angebaut worden und habe nicht zu einer Renovation des Hauses geführt. Die Gesuchstellerin habe denn auch nie geltend gemacht, dass die aufgelegten Bauabrechnungen nicht die Garage, sondern das Haus betreffen würden. Es sei unbestritten, dass es sich beim Haus des Gesuchsgegners um ein altes mit grossem Umschwung handle und deshalb laufend Renovationsarbeiten anfallen würden. Die Gesuchstellerin gehe auch mit keinem Wort auf die durch den Gesuchsgegner substantiiert dargelegten und belegten Heizkosten ein. Die Vorinstanz habe daher zu Recht beide Kostenpositionen berücksichtigt. Die von der Vorinstanz zugrunde gelegten Wohnkosten von Fr. 1'312.– des Gesuchsgegners seien nicht nur durch richtige Ermessensausübung gedeckt, sondern auch durch die vom Gesuchsgegner aufgelegten Dokumente (Urk. 49 S. 5 f.). Neu sehe sich der Gesuchsgegner mit stark gestiegenen Energiekosten im Zusammenhang mit seiner Elektroheizung konfrontiert. Die Heizung verbrauche jährlich 30'000 kWh an Strom. Weil

- 58 - tags und nicht nachts geheizt werde, beziehe der Gesuchsgegner den Strom zum Hochtarif. Bei den aktuellen Strompreisen des EKZ würden gut Fr. 6'000.– für Heizungskosten anfallen (Urk. 63 S. 18).

#### **E. 5.4.2.4**

Gemäss Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG der Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz ist anstelle des Mietzinses der Liegenschaftenaufwand zum Grundbetrag hinzuzurechnen, wenn der Schuldner eine eigene, von ihm bewohnte Liegenschaft besitzt. Der Liegenschaftenaufwand besteht aus dem Hypothekenzins (ohne Amortisation), den öffentlich-rechtlichen Abgaben und den (durchschnittlichen) Unterhaltskosten. Diese werden im Kanton Zürich praxisgemäss mit 1 % des Verkehrswerts veranschlagt, während in anderen Kantonen pauschal 20 % des Eigenmietwerts angerechnet werden. Beides wird vom Bundesgericht – unter Willkür Gesichtspunkten – nicht beanstandet. Als nicht willkürlich erachtet das Bundesgericht auch den Ansatz, für die Nebenkosten von Liegenschaften einen konkreten Nachweis zu verlangen (BGer 5A\_730/2020 vom 21. Juni 2021 E. 5.2.2.2.1.3. m.w.H.). Die Bezeichnungen "Nebenkosten" und "Unterhaltskosten" werden synonym verwendet. Die Vorinstanz kumulierte die beiden verschiedenen kantonalen Praxen. Eine kumulative Berücksichtigung drängt sich entgegen der Vorinstanz indes auch bei besseren finanziellen Verhältnissen nicht auf; solchen wird mit der Erweiterung auf das familienrechtliche Existenzminimum und der Überschussverteilung Rechnung getragen. Es ist lediglich 1 % des Verkehrswerts der Liegenschaft zu berücksichtigen. Ausgehend von einem Steuerwert von Fr. 926'000.– (Urk. 4/10 S. 7, Urk. 4/11 S. 7, Urk. 4/12 S. 7, Urk. 4/13 S. 7 und Urk. 82/6 Rubrik Liegenschaftenverzeichnis) und der Annahme, dass dieser Wert rund 80 % des tatsächlichen Verkehrswerts entspricht (vgl. OGer ZH LE170049 vom 22.11.2017, E. B.6.5.), sind für die Wohnkosten monatlich Fr. 965.– anzurechnen, womit auch die durch den Gesuchsgegner vor Vorinstanz zunächst konkret behaupteten Kosten (Prot. I S. 7) – selbst unter Zugrundelegung der neu behaupteten Heizkosten von monatlich Fr. 500.– statt Fr. 373.– – ohne Weiteres gedeckt werden. Wegen der alleinigen Obhut der Gesuchstellerin in Phase I sind die Wohnkosten des

Gesuchsgegners in dieser Phase allein bei diesem zu belassen und nicht nach kleinen und grossen Köpfen zu verteilen.

- 59 -

### **E. 5.4.3**

Steuern

#### **E. 5.4.3.1**

Die vorinstanzlich berechneten Steuerbeträge basieren auf einem zu hohen Einkommen des Gesuchsgegners und entsprechend zu hohen Unterhaltsbeiträgen. Die Steuern sind neu zu berechnen.

#### **E. 5.4.3.2**

Die Steuererklärung 2021 der Gesuchstellerin liegt vor (Urk. 78/4). Für die Steuerberechnung kann auf ihre deklarierten Abzüge von Fr. 24'860.– für die Staatssteuer und von Fr. 17'432.– für die Bundessteuer abgestellt werden (Urk. 78/4 S. 6). Es ist von einem Erwerbseinkommen der Gesuchstellerin von Fr. 0.– (vgl. E. III.5.2.5.), von Kinderzulagen von Fr. 4'800.– und von Unterhaltsbeiträgen von rund Fr. 110'000.– auszugehen. Ihr steuerbares Einkommen betrug für die Staats- und Gemeindesteuer Fr. 89'940.– und für die Bundessteuer Fr. 97'368.–. Ihr steuerbares Vermögen im Kanton Zürich bezifferte die Gesuchstellerin auf Fr. 47'639.– (Urk. 78/4 S. 7). Die Gesuchstellerin wohnt in F.\_\_\_\_\_ und unterliegt dem Verheiratetentarif (§ 35 Abs. 2 StG; Art. 36 Abs. 2 bis DBG). Sie ist konfessionslos (Urk. 78/4 S. 4). Mit dem Steuerrechner des Kantons Zürich für das Steuerjahr 2021 resultieren für die Staats- und Gemeindesteuer Fr. 7'976.– und für die direkte Bundessteuer Fr. 1'331.–, was zu einer monatlichen Steuerbelastung im Haushalt der Gesuchstellerin von insgesamt Fr. 776.– führt. Ein Anteil dieser Steuern ist dem Barbedarf der Kinder zuzuweisen. Dazu sind die den Kindern zuzurechnenden, aber vom Empfängerelternanteil zu versteuernden Einkünfte (namentlich Barunterhaltsbeitrag, Familienzulagen, Sozialversicherungsrenten und ähnliche für den Unterhalt des Kindes bestimmte Leistungen, Erträge aus Kindesvermögen; nicht aber das Erwerbseinkommen des Kindes [siehe Art. 3 Abs. 3 StHG] oder der formell dem Kind zustehende [Art. 285 Abs. 2 ZGB], materiell aber für den betreuenden Elternanteil bestimmte Betreuungsunterhaltsbeitrag) in das Verhältnis zu den vom Empfängerelternanteil insgesamt zu versteuernden Einkünften zu setzen; der daraus ermittelte Anteil an der gesamten Steuerschuld des Empfängerelternanteils ist im erweiterten Bedarf der Kinder zu berücksichtigen (BGE 147 III 457 E. 4.2.3.5). Die Einkünfte der Kinder betragen monatlich je Fr. 2'155.– (Fr. 1'955.– Barunterhalt [inkl. Überschussanteil; geschätzt] und Fr. 200.– Kinderzulagen), jene der Gesuchstellerin Fr. 5'256.– (Fr. 0.– Erwerbseinkommen, Fr. 1'737.– ehelicher Unterhalt

- 60 - [geschätzt] und Fr. 3'519.– Betreuungsunterhalt [geschätzt]). Die gesamten Einkünfte der Gesuchstellerin und der Kinder belaufen sich auf Fr. 9'566.– (Unterhalt und Familienzulagen). Es resultiert ein prozentualer Anteil von 23 % (Fr. 2'155.– / Fr. 9'566.–) pro Kind. Den Kindern ist folglich je ein Steueranteil von gerundet Fr. 178.– (23 % von Fr. 776.–) zuzuweisen. Die Differenz von Fr. 420.– verbleibt bei der Gesuchstellerin.

#### **E. 5.4.4**

Auch der Gesuchsgegner reichte seine Steuererklärung 2021 ins Recht (Urk. 93/1). Für sein Einkommen sind in Abweichung von seiner Steuererklärung Fr. 205'056.– einzusetzen und

bei seinen Abzügen die Unterhaltsbeiträge auf rund Fr. 110'000.– zu korrigieren. Für die übrigen Steuerfaktoren kann auf seine Steuer-erklärung 2021 abgestellt werden, in der er für die Staats- und Gemeindesteuer Abzüge von Fr. 42'214.– und für die Bundessteuer Abzüge von Fr. 40'864.– festhielt (vgl. Urk. 93/1 Ziff. 15, Ziff. 16.1 und Ziff. 16.3). Er erzielte ein steuerbares Einkommen von Fr. 52'842.– für die Staats- und Gemeindesteuer sowie von Fr. 54'192.– für die Bundessteuer. Als steuerbares Vermögen im Kanton Zürich gab er Fr. 2'143'806.– an (Urk. 93/1 Ziff. 35). Der Wohnsitz des Gesuchsgegners befindet sich in F.\_\_\_\_\_ und er unterliegt dem Grundtarif (§ 35 Abs. 1 StG; Art. 36 Abs. 1 DBG). Er gab an, keine Konfession zu haben (Urk. 93/3). Mit dem Steuerrechner des Kantons Zürich für das Steuerjahr 2021 resultieren für die Staats- und Gemeindesteuer Fr. 10'446.– und für die direkte Bundessteuer Fr. 553.–. Das entspricht einer monatlichen Steuerbelastung von Fr. 917.–.

#### **E. 5.4.5**

Zusammenfassung der Bedarfspositionen Nach dem Erwogenen präsentieren sich die Bedarfspositionen wie folgt: GSin C.\_\_\_\_\_ D.\_\_\_\_\_ GGer Grundbetrag 1'350.– 400.– 400.– 1'200.– Wohnkosten 1'153.– 576.– 576.– 965.– Krankenkasse (KVG) 258.– 79.– 79.– 243.– Krankenkasse (VVG) 61.– 28.– 28.– 76.– Zusätzliche Gesundheitskosten Steuern 420.– 178.– 178.– 917.–

- 61 - Telefon, Radio, TV (inkl. 195.– 0.– 0.– 150.– Serafe) Hausrat- und Privathaft- 47.– 0.– 0.– 23.– pflichtversicherung Säule 3a-Beiträge 0.– 0.– 0.– 2'613.– Total 3'546.– 1'265.– 1'265.– 6'187.–

#### **E. 5.5**

Zuletzt gemeinsam gelebter Standard

##### **E. 5.5.1**

Bei genügenden finanziellen Mitteln haben beide Ehegatten Anspruch auf Fortführung des zuletzt gemeinsam gelebten Standards. Dieser bildet die Obergrenze des gebührenden Unterhalts. Beim ehelichen Unterhalt darf es nicht zur Vorwegnahme der güterrechtlichen Auseinandersetzung kommen, indem über die bisherige Lebenshaltung hinaus einfach das Gesamteinkommen hälftig geteilt wird. Verunmöglichen trennungsbedingte Mehrkosten es, den früheren Lebensstandard aufrechtzuerhalten, so hat der Unterhaltsgläubiger Anrecht auf die gleiche Lebenshaltung wie der Unterhaltsschuldner (BGE 147 III 293 E. 4.4 m.w.H.). Der zuletzt gelebte gemeinsame Standard entspricht dem familienrechtlichen Existenzminimum bei Getrenntleben zuzüglich des betragsmässig unveränderten Anteils am früheren gemeinsamen Überschuss. Um die Obergrenze des Unterhaltsbeitrags zu bestimmen, ist daher zunächst der Überschuss während des Zusammenlebens zu ermitteln, der rechnerisch nach den üblichen Teilungsgrundsätzen zu verteilen ist (vgl. BGE 147 III 293 E. 4.4). Hierzu sind vom Gesamteinkommen der Familie während des Zusammenlebens die damalige Sparquote sowie die damaligen familienrechtlichen Existenzminima abzuziehen (vgl. Schwizer/Oeri, "Neues" Unterhaltsrecht?, in: AJP 2022, S. 3 ff., S. 7). Für die Ermittlung dieser drei Grössen ist auf dasselbe Referenzjahr, nämlich auf das letzte Jahr vor der Trennung abzustellen. Eine längere oder gar weiter zurückliegende Referenzperiode ist nur dann massgebend, wenn sich das Ausgabeverhalten der unterhaltsberechtigten Partei in den 12 Monaten vor der Trennung ganz offensichtlich und ohne nachvollziehbaren Grund derart erhöht hat, dass sich dies nur mit prozesstaktischen Motiven erklären lässt (Arndt, Die Sparquote, Basis für die naheheliche Unterhaltsberechnung, in:

Fankhauser/Reusser/Schwander [Hrsg.], Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, 2017, S. 43 ff., S. 52). Der Unterhaltspflichtige, der eine Sparquote geltend macht, trägt die diesbezügliche Behauptung-

- 62 - tungs- und Beweislast. Die Berücksichtigung einer Sparquote hängt weder vom Ermessen des Sachgerichts noch von Billigkeitserwägungen ab (BGer 5A\_509/2022 vom 6. April 2023 E. 6.4.2). Dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 277 Abs. 3 ZPO) oder gegebenenfalls zu erforschen hat (Art. 296 ZPO), enthebt den Unterhaltsschuldner nicht von seiner Mitwirkungspflicht (vgl. BGE 140 III 485 E. 3.3). Der Sparquote sind Ausgaben hinzuzurechnen, die der Vermögensbildung dienen. Dazu gehören das klassische Sparen, wie die Äufnung von Barmitteln auf Bankkontos, der Kauf von Wertpapieren sowie die Einzahlung in die 3. Säule. Weiter sind Auslagen oder Anschaffungen, die einmalig sind bzw. keine Regelmässigkeit aufweisen, zur Sparquote zu zählen. Davon zu unterscheiden sind Rückstellungen, die im Hinblick auf Auslagen oder Anschaffungen erfolgen, die zwar nicht alle paar Wochen oder Monate anfallen, aber dennoch einer Regelmässigkeit unterliegen (Arndt, a.a.O, S. 53).

### **E. 5.5.2**

Zunächst gilt es, die relevante Zeitperiode zu bestimmen. Die Parteien leben seit 1. November 2020 getrennt (Urk. 41 Dispositiv-Ziffer 1), womit grundsätzlich die Zeit von November 2019 bis Oktober 2020 als relevante Referenzperiode zu qualifizieren wäre.

#### **E. 5.5.2.1**

Der Gesuchsgegner weist darauf hin, dass die Gesuchstellerin seit Februar 2020 konsequent versucht habe, den Mittelverbrauch aus prozesstaktischen Gründen in die Höhe zu treiben, um dann diese Periode für ihre Unterhaltsansprüche heranzuziehen. Der rund Fr. 30'000.– höhere Mittelverbrauch als in allen Vorjahren ergebe sich aus Folgendem: Die Gesuchstellerin habe seit Februar 2020 mit ihrer Maestro-Karte 8 sämtliche Einkäufe konsequent nur noch über sein Lohnkonto abgewickelt und ihr Raiffeisenkonto, auf das ihr Lohn überwiesen worden sei, nicht mehr für den Haushalt eingesetzt, was aus den aufgelegten Auszügen des ZKB-Privatkontos "Lohn" hervorgehe. Am 28. Mai 2020 habe die Gesuchstellerin sogar zu Lasten des Lohnkontos einen Dauerauftrag über Fr. 1'495.– eingegeben, obwohl der Gesuchsgegner immer kategorisch gegen die sinnlose Miete eines "Ateliers" gewesen sei. Es habe bis September 2020 gedauert, bis der Gesuchsgegner die Gesuchstellerin dazu habe bewegen können, diese offensichtlich aus prozesstaktischen Gründen gestartete Geldvernichtung mittels Kündigung des Lokals ein-

- 63 - zustellen (Urk. 63 S. 6). Bereits ab Oktober 2020 enthalte das Lohnkonto des Gesuchsgegners Belastungen für die neue Wohnung der Gesuchstellerin; sie habe zu Lasten seines Lohnkontos einen Dauerauftrag über Fr. 2'545.– auf ihr eigenes Raiffeisenkonto eingerichtet (Urk. 63 S. 7).

#### **E. 5.5.2.2**

Für die Unterhaltsberechnung ist irrelevant, von welchem Konto die Lebenshaltungskosten der Familie gedeckt und auf welchem Konto der Lohn der Gesuchstellerin belassen wurde. Im Vergleich zu den Vorjahren übermässige Bezüge für den Haushalt macht der Gesuchsgegner nicht geltend. Die Miete für das Atelier der Gesuchstellerin wurde bereits bei der Berechnung ihres Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit als Aufwand verbucht. Sie kann nicht noch einmal in Form einer

Sparquote abgezogen werden, da diese Ausgabe sonst doppelt berücksichtigt würde. Die Miete ihrer Wohnung musste die Gesuchstellerin zwar im Voraus, mithin im Oktober 2020 begleichen (Urk. 4/4 S. 1). Diese betrifft aber den- noch die Phase des Getrenntlebens; darauf, dass sie vor der Aufnahme des Ge- trenntlebens beglichen wurde, kann es nicht ankommen. Sie stellt daher Sparquote dar. Es bleibt bei der Referenzperiode November 2019 bis Oktober 2020. Auf die Ausführungen des Gesuchsgegners betreffend eine allfälligen Sparquote vor No- vember 2019 braucht vor diesem Hintergrund nicht weiter eingegangen werden.

### **E. 5.5.3**

Die Gesuchstellerin nahm im Februar 2020 eine Teilzeitarbeitsstelle als Den- talassistentin im Stundenlohn auf, bis ihr infolge des Ausbruchs der Corona-Pan- demie gekündigt wurde (Urk. 10 S. 6, Urk. 11/5 und Prot. I S. 11). Aus dem Konto- auszug ihres Privatkontos bei der ZKB geht hervor, dass ihr am 30. März 2020 insgesamt Fr. 722.– von Dr. AB.\_\_\_\_\_ überwiesen wurden (Urk. 18/72). Die durch den Gesuchsgegner ab September 2019 bis Ende 2020 entrichteten "Lohnzahlun- gen" an die Gesuchstellerin sind als aufgerechnete Privatbezüge bereits im Ein- kommen des Gesuchsgegners enthalten und nicht erneut zu veranschlagen. Das durchschnittliche monatliche Einkommen der Gesuchstellerin betrug somit Fr. 60.– netto. Das Einkommen des Gesuchsgegners belief sich während des letzten Jahrs des Zusammenlebens unter Zugrundelegung der unter E. III.5.3.4. ermittelten Ein- kommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit zuzüglich eines Vermögensertrags von Fr. 155.– auf Fr. 11'326.– netto pro Monat. Den Kindern stand je die Familien-

- 64 - zulage von Fr. 200.– pro Monat zu. In der Summe verfügte die Familie somit über ein monatliches Einkommen von Fr. 11'786.– netto.

### **E. 5.5.4**

In einem nächsten Schritt gilt es das damalige monatliche familienrechtliche Existenzminimum festzusetzen. Für den Grundbetrag der Eltern sind Fr. 1'700.– und für die Kinder je Fr. 400.– zu berücksichtigen. Als Wohnkosten sind Fr. 965.– einzusetzen. Für die Krankenkassenprämien (KVG und VVG) waren Fr. 858.– ge- schuldet (Urk. 4/17, Urk. 4/40-42 und Urk. 11/22/14). Die zusätzlichen Gesund- heitskosten betrugen Fr. 69.– (vgl. Urk. 41 S. 29 f.). Hinzu kommen Kommunikati- onskosten. Gerichtsüblich werden bei einer erwachsenen Einzelperson eine Kom- munikationspauschale von Fr. 120.– und die Schweizerischen Radio- und TV-Emp- fangsgebühren (Serafe) von rund Fr. 28.– veranschlagt. Einige Kosten fallen pro Haushalt nur einmal an (beispielsweise Internet und Festnetz), während andere (beispielsweise das Mobiltelefon) pro Person zu bezahlen sind. Vor diesem Hinter- grund erscheint es angemessen, die Kommunikationspauschale auf Fr. 80.– pro Elternteil herabzusetzen. Angesichts des jungen Alters der Kinder sind für diese keine Kommunikationskosten im Bedarf zu berücksichtigen. Mangels Belege für die Hausrat- und Haftpflichtversicherung der Familie gilt die gerichtsbliche Pauschale von Fr. 30.– pro Elternteil. Der Gesuchsgegner zahlte im Jahr 2019 Fr. 20'000.– (Urk. 4/13 S. 6) und im Jahr 2020 Fr. 0.– (Urk. 63 S. 3), mithin im Durchschnitt Fr. 278.– (Beiträge für die Monate November und Dezember 2019 in Höhe von Fr. 1'666.70, verteilt auf 12 Monate) in seine Säule 3a ein. Schliesslich ist noch ein Steuerbetrag auszurechnen. Vom Nettogesamteinkommen der Familie von Fr. 141'432.– sind die Berufsauslagen bei unselbstständiger Erwerbstätigkeit der Gesuchstellerin (Fr. 3'738.–; vgl. Urk. 4/13 S. 6), die Schuldzinsen (Fr. 42.–; vgl. Urk. 4/13 S. 6), die Beiträge an anerkannte Formen der

gebundenen Selbstvorsorge der Gesuchstellerin (Fr. 6'300.–; vgl. Urk. 54/40 S. 13 und Urk. 54/47 Rz. 18) und des Gesuchsgegners (Fr. 3'336.–), die Versicherungsprämien (Staatssteuer: Fr. 7'800.–; Bundessteuer: Fr. 4'900.–; vgl. Urk. 4/13), die Kosten für die Verwaltung des beweglichen Privatvermögens (Fr. 463.–; vgl. Urk. 4/13 S. 6), der Sonderabzug bei Erwerbstätigkeit beider Ehegatten (Staatssteuer: Fr. 5'900.–; Bundessteuer: Fr. 13'400.–; vgl. Urk. 4/13 S. 6), die gemeinnützigen Zuwendungen (Fr. 300.–; vgl. Urk. 4/13 S. 6), der Abzug für Kinder im Haushalt (Staatssteuer:

- 65 - Fr. 18'000.–; Bundessteuer: Fr. 13'000.–; vgl. Urk. 4/13 S. 6) und bei der Bundessteuer der Abzug für den Ehegatten (Fr. 2'600.–; vgl. Urk. 4/13 S. 6) zu subtrahieren. Hieraus resultiert ein steuerbares Einkommen von Fr. 95'553.– für die Staatssteuer bzw. von Fr. 93'353.– für die Bundessteuer. Als steuerbares Vermögen sind Fr. 2'308'588.– einzusetzen (Urk. 4/13 S. 7). Für das Jahr 2020 ergibt dies beim Steuerrechner des Kantons Zürich für Privatpersonen mit dem Verheiratetentarif ohne Konfession und mit zwei Kindern im Haushalt (vgl. Urk. 4/13 S. 1) eine Staats- und Gemeindesteuer (F. \_\_\_\_\_) von Fr. 14'933.– sowie eine direkte Bundessteuer von Fr. 1'131.–. Der monatliche Steuerbetrag belief sich auf Fr. 1'339.–. Insgesamt betrug das familienrechtliche Existenzminimum der Familie im letzten Jahr vor dem Getrenntleben monatlich Fr. 6'257.–.

#### **E. 5.5.5**

Schliesslich ist zu prüfen, ob es dem Gesuchsgegner gelang, eine Sparquote glaubhaft zu machen. Einig sind sich die Parteien, dass sie im Jahr 2019 Einzahlungen in die Säule 3a von Fr. 20'000.– auf das Säule 3a-Konto des Gesuchsgegners und von Fr. 6'300.– auf dasjenige der Gesuchstellerin vornahmen (Urk. 54/40 S. 13 und Urk. 54/47 Rz. 18). Die Einzahlungen des Gesuchsgegners werden bereits in seinem Bedarf angerechnet. Unter der Sparquote sind somit lediglich noch diejenigen der Gesuchstellerin von Fr. 525.– pro Monat zu beachten. Hinzu kommt der Betrag für den Mietzins der Wohnung der Gesuchstellerin für den Monat November 2020 in Höhe von Fr. 2'545.– resp. Fr. 212.– pro Monat (vgl. E. III.5.5.2.). Unbestritten blieb, dass die Sparkonti der Kinder nicht aus dem Einkommen der Parteien zustande gekommen sind (Urk. 67 Rz. 5 und Urk. 71 S. 2 f. e contrario). Sie fallen für die Berechnung der Sparquote ausser Betracht. Die Gesuchstellerin zeigt sich damit einverstanden, dass ihr Überschussanteil auf Fr. 4'000.– und diejenigen der Kinder auf je Fr. 1'000.– begrenzt werden (Urk. 40 Rz. 33).

#### **E. 5.5.5.1**

Der Gesuchsteller behauptet, er habe mit Urk. 11 [gemeint wohl Urk. 11/11] detaillierte und vollständige Auflistungen sämtlicher von den Parteien aus dem Geschäft bezogenen Mittel aufgelegt. Darin seien insbesondere auch alle über das Geschäft getätigten Privatbezüge nebst den von den Parteien definierten Löhnen enthalten. Mit Urk. 20/1-3 seien die entsprechenden Beträge auch mittels Bankkontoauszügen lückenlos belegt (Urk. 54/40 S. 8 und Urk. 49 S. 18). Die Parteien hätten

- 66 - ihre Lohnbezüge entsprechend dem effektiven Bedarf festgelegt. Alles, was darüber hinaus auf dem Geschäftskonto zurückgeblieben sei, würden Ersparnisse darstellen (Urk. 54/40 S. 5). Der Gesuchsgegner habe vor Vorinstanz konkret behauptet und belegt, dass die Parteien von den verfügbaren finanziellen Mitteln nur die Lohnbezüge für den Lebensaufwand verwendet hätten, die weiteren Mittel seien gespart worden. Eine Sparquote könne auch "umgekehrt" geltend gemacht werden (Urk. 49 S. 19). Vom Privatkonto des Gesuchstellers bei der ZKB seien ausser den üblichen Verwaltungskosten-Belastungen

durch die Bank nur die Bauarbeiten 2019 bezahlt worden. Von diesem Konto seien keine Mittel für den Lebensunterhalt bezogen worden (Urk. 54/40 S. 12). Als Ersparnisse bzw. Vermögensumschichtung seien die mit Kontoauszügen und Rechnungen belegten Baukosten für die Garage des Gesuchsgegners im Jahr 2019 zu berücksichtigen (Urk. 63 S. 5). Die Miete für die Geschäftsräume in seinem Privateigentum sei von den Parteien nie zur Bestreitung von Lebenskosten herangezogen worden, sondern direkt als Sparguthaben auf das Privatkonto des Gesuchsgegners geflossen (Urk. 49 S. 12 und Urk. 71 S. 11). Im Jahr 2019 habe die Gesuchstellerin für mehrere tausend Franken Fotoausrüstungen gekauft, welche als langfristige Anschaffungen und nicht als laufender Lebensbedarf der Parteien in Abzug zu bringen seien (Urk. 54/40 S. 9). Die Vorinstanz habe mit ihrem Urteil auch die Vereinbarungen der Parteien ignoriert und wolle über eine vollständige Aufteilung von Geschäftsgewinnen bzw. von vom Geschäft erwirtschafteten Mitteln in die güterrechtlichen Vereinbarungen der Parteien eingreifen, namentlich der Gesuchstellerin nicht zur Aufrechterhaltung des ehelichen Lebensstandards notwendige Mittel des Eigenguts des Gesuchsgegners zuweisen. Dies sei rechtswidrig (Urk. 54/40 S. 7).

#### **E. 5.5.5.2**

Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Excel-Tabellen des Gesuchsgegners (Urk. 11/11) reine Parteibehauptungen ohne Beweiswert, unvollständig und bestritten seien. Sie würden die ersten zehn Monate des Jahres 2020 nicht enthalten (Urk. 54/47 Rz. 8 und Rz. 13). Entgegen den Darlegungen des Gesuchsgegners hätten die Parteien ihre Lohnbezüge nicht entsprechend dem effektiven Bedarf festgelegt. Die Höhe der Überweisungen habe der Gesuchsgegner einseitig bestimmt und es seien für die Finanzierung des Familienunterhalts offensichtlich viel mehr Mittel ausgegeben worden als die als Lohn deklarierten Über-

- 67 - weisungen (Urk. 54/47 Rz. 10). Neben den als Lohn deklarierten Auszahlungen hätten zusätzliche Bezüge und Direktzahlungen über das Geschäft stattgefunden. Vom Privatkonto (nicht Lohnkonto) des Gesuchsgegners bei der ZKB seien zudem z.B. ein Teil der Nebenkosten der ehelichen Liegenschaft und ein Teil der Steuern bezahlt worden. Auch zahlreiche Bargeldbezüge habe der Gesuchsgegner von diesem Konto zur Deckung von Ausgaben des Bedarfs der Familie getätigt. Im Übrigen seien die Ausführungen des Gesuchsgegners im Zusammenhang mit den Kosten für die Bauarbeiten im Jahr 2019 und den vom Geschäft bezogenen Mietzinsen für die Nutzung der Garage etc. unsubstantiiert und bestritten (Urk. 54/47 Rz. 17). Die Kosten für die Fotoausrüstungen würden zum gebührenden Bedarf gehören. Die Fotografie sei ein intensiv betriebenes Hobby der Gesuchstellerin (Urk. 54/47 Rz. 13).

#### **E. 5.5.5.3**

Es gelingt dem Gesuchsgegner nicht, die Sparquote "umgekehrt" zu belegen. Wie bereits festgestellt, kommt Urk. 11/11d keinen Beweiswert zu (vgl. E. III.5.3.1.5.). Die Gesuchstellerin deckte zudem verdeckte Privatbezüge aus dem Geschäftskonto (vgl. E. III.5.3.1.5.) und weitere Bezüge vom gesuchsgegnerischen Privatkonto (nicht Lohnkonto) für die Deckung der Lebenshaltungskosten auf (z.B. Urk. 20/2 S. 115). Sie wies somit nach, dass die Familie nicht bloss von den als Lohn ausgeschiedenen Geschäftsbezügen lebte. Der Gesuchsgegner bezifferte die Höhe der Kosten für die Fotoausrüstung der Gesuchstellerin in seinen Rechtschriften nicht, womit er seiner Behauptungspflicht nicht nachkam. Die Ausgaben für den Garagenbau bezifferte er mit Fr. 109'718.–, wobei die Zahlungen

zwischen Mai und Juli 2019 erfolgt seien (Urk. 63 S. 3). Die Investition wurde somit vor der Referenzperiode getätigt. In Bezug auf die Mietzinserträge schrieb die Gesuchstellerin lediglich, es sei für die Bestimmung der Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners irrelevant, wofür diese verwendet worden seien (Urk. 60 Rz. 31). Bestreitungscharakter kommt dieser Stellungnahme nicht zu, weshalb davon auszugehen ist, dass die monatlichen Mietzinse für die Geschäftsräume gespart wurden. Die Miete wurde nur noch im Jahr 2019 in der Höhe von Fr. 500.– veranschlagt (Urk. 4/13 S. 5), was ausgerechnet auf die ganze Referenzperiode einem Betrag von Fr. 83.– pro Monat entspricht. Zusammen mit der Säule 3a-Einzahlung der Gesuchstellerin

- 68 - (Fr. 525.–) und dem Betrag für den Mietzins ihrer Wohnung (Fr. 212.–) ist eine Sparquote von Fr. 820.– pro Monat nachgewiesen.

### **E. 5.5.6**

Um den Gesamtüberschuss der Familie zu berechnen, sind vom Gesamteinkommen von Fr. 11'786.– das familienrechtliche Existenzminimum der Familie von Fr. 6'257.– sowie die Sparquote von Fr. 820.– zu subtrahieren. Dies ergibt eine Differenz von Fr. 4'709.–. Nach grossen (33.3 %) und kleinen Köpfen (16.7%) verteilt, ergibt dies einen Überschussanteil der Gesuchsgegnerin von gerundet Fr. 1'570.–. Ihr damaliger Überschussanteil ist mit ihrem familienrechtlichen Existenzminimum in der Phase I von Fr. 3'546.– (vgl. E. III.5.7.1.1.) zu addieren, woraus die Obergrenze ihres gebührenden Unterhalts von Fr. 5'116.– resultiert. Unter Beachtung dieser ermittelten Grenze des gebührenden Unterhalts wird – entgegen den Befürchtungen des Gesuchsgegners – die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht rechtswidrig vorweggenommen.

### **E. 5.6**

Überschussverteilung

#### **E. 5.6.1**

Die Vorinstanz wich von der üblichen Überschussverteilung nach grossen und kleinen Köpfen ab: Bei der Überschussverteilung falle einerseits ins Gewicht, dass der Gesuchsgegner für den Bedarf der gesamten Familie alleine aufkomme und zu einem Pensum von 100 % arbeite, während die Gesuchstellerin über kein Erwerbseinkommen verfüge. Weil das Gericht die alternierende Obhut mit je hälftigen Betreuungsanteilen anordne, übernehme der Gesuchsgegner trotzdem – wenn auch auf sein eigenes Begehren hin – einen grossen Teil der Kinderbetreuung. Diesen überobligatorischen Arbeitsanstrengungen des Gesuchsgegners sei nicht im Rahmen der Anrechnung eines bestimmten Arbeitspensums, sondern vorliegend im Rahmen der Überschussverteilung gebührend Rechnung zu tragen (Urk. 41 S. 60). Das Bestehen einer Sparquote werde zwar als erwiesen erachtet, mangels Nachweises der genauen Höhe werde diese jedoch nicht vorab vom Überschuss abgezogen, sondern ebenfalls bei der Verteilung des Überschusses mitberücksichtigt. Auf der Seite der Gesuchstellerin seien demgegenüber zumindest teilweise die Kosten für die Zusatzausbildung im Bereich Onlinemarketing sowie für die private berufliche Vorsorge zu berücksichtigen. Diese Kosten seien ihr zwar im Grundbedarf nicht anzurechnen, das Gericht erachte diese aber dennoch als gut

- 69 - begründet und sinnvoll bzw. als zum ehelichen Lebensstandard gehörend. Auch würden während der Ehe gepflegte Hobbys sowie Ferien mitberücksichtigt. Mit Blick auf vorstehende Ausführungen, insbesondere aufgrund der überobligatorischen

Arbeitsanstrengungen des Gesuchsgegners sowie der Sparquote, erscheine eine Abweichung von der Verteilung nach grossen und kleinen Köpfen angebracht. So seien der Gesuchsgegner zu 60 %, die Gesuchstellerin zu 20 % und die beiden Kinder zu je 10 % am Überschuss zu beteiligen. Der Überschussanteil der Kinder sei wiederum gemäss den Betreuungsanteilen je hälftig unter den Parteien aufzu- teilen (Urk. S. 41 S. 61 f.).

#### **E. 5.6.2**

Die Gesuchstellerin rügt, dass diese Erwägungen falsch seien, weil die Kin- der vom 1. November 2020 bis 31. Januar 2022 nicht unter der alternierenden Ob- hut gestanden hätten. Der Gesuchsgegner trage die Behauptungs- und Beweislast bezüglich einer allfälligen Sparquote. Der anwaltlich vertretene Gesuchsgegner habe die Konsequenzen seiner prozessualen Nachlässigkeit zu tragen. Da er keine angebliche Sparquote beziffert und nachgewiesen habe, dürfe eine solche auch nicht in der Überschussverteilung berücksichtigt werden (Urk. 40 Rz. 26). Bei den Aufzählungen der gesuchstellerischen Ausgabepositionen habe die Vorinstanz zu Unrecht die hohen Kosten von Fr. 880.– pro Monat im Zusammenhang mit ihren beiden Autos samt Parkplätzen nicht beachtet (Urk. 40 Rz. 27). Die Kosten der dem ehelichen Lebensstandard entsprechenden Ferien würden mindestens Fr. 800.– pro Monat betragen (Urk. 54/47 Rz. 41). Es gebe keine Grund, vom Grundsatz der Verteilung des Überschusses nach grossen und kleinen Köpfen abzuweichen. Die Beschränkung des Überschusses der Kinder auf 10 % könne angesichts der hohen Überschussanteile noch als im Ermessensbereich betrachtet werden, nicht aber die krasse Ungleichbehandlung der Parteien. Beide hätten Anspruch auf einen gleich hohen Anteil, mithin 40 %. Für November 2020 bis Januar 2022 seien die Überschussanteile der Kinder zudem vollumfänglich dem Haushalt der Gesuchstel- lerin zuzuweisen, weil die Kinder noch nicht unter der alternierenden Obhut gestan- den hätten (Urk. 40 Rz. 28).

#### **E. 5.6.3**

Der Gesuchsgegner stört sich an sämtlichen durch die Vorinstanz in der Überschussverteilung berücksichtigten Kosten der Gesuchstellerin (Urk. 54/40 - 70 - S. 25 f.; fälschlicherweise unter dem Titel Bedarfspositionen). Die durch die Ge- suchstellerin geltend gemachten Kosten für die Autos und Ferien bestritt der Ge- suchsgegner (Urk. 49 S. 21 und Urk. 63 S. 18).

#### **E. 5.6.4**

Im Regelfall ist ein allfälliger Überschuss nach grossen und kleinen Köpfen zu verteilen, wobei sämtliche Besonderheiten des konkreten Falls wie Betreuungs- verhältnisse, überobligatorische Arbeitsanstrengungen, besondere Bedarfspositio- nen und Sparquoten zu berücksichtigen sind (BGE 147 III 265 E. 7.3). Der Über- schussanteil eines minderjährigen Kindes kann aus erzieherischen und aus kon- kreten Bedarfsgründen, namentlich bei weit überdurchschnittlich guten finanziellen Verhältnissen, begrenzt werden (BGer 5A\_52/2021 vom 25. Oktober 2021, E. 7.2.).

#### **E. 5.6.5**

Die Kinder standen in der Phase I unter der alleinigen Obhut der Gesuch- stellerin (vgl. E. III.3.). Der Gesuchsgegner leistete somit keine überobligatorischen Arbeitsanstrengungen. Die Weiterbildungskosten der Gesuchstellerin wurden be- reits bei der Berechnung ihres Erwerbseinkommens als Aufwand verbucht. Sie kön- nen deshalb nicht erneut unter dem Titel Überschussverteilung veranschlagt wer- den. Wegen der Behauptungs- und Beweislast

kann nur die dargetane Sparquote berücksichtigt werden. Hobbys, Ausgaben für s und Ferien der Gesuchstellerin sind im berechneten gebührenden Lebensstandard enthalten. Aus dem ihr zuzusprechenden Überschussanteil von 33.3 % vermag die Gesuchstellerin auch allfällige Beiträge für die Säule 3a ohne Weiteres zu finanzieren, wobei sie gemäss Steuererklärung im Jahr 2021 keine Einzahlung in die Säule 3a tätigte (Urk. 78/4 S. 6). Die Überschussanteile der Kinder erreichen keine Höhe, die eine Beschränkung aus erzieherischen Gründen erfordert. Ein Abweichen vom Regelfall drängt sich somit nicht auf. Der Überschuss ist mit je 33.3 % auf die Parteien und je 16.7 % auf die Kinder aufzuteilen. Der ganze Überschussanteil der Kinder fällt wegen der alleinigen Obhut der Gesuchstellerin in der Phase I in ihrem Haushalt an.

## **E. 5.7**

### Unterhaltsbeiträge in Phase I

- 71 - 5.7.1.1. Die Einkommen und Bedarfe lassen sich tabellarisch wie folgt zusammenfassen: Einkommen Gesuchsgegner: Fr. 17'088.– Einkommen Gesuchstellerin: Fr. 0.– Einkommen C.\_\_\_\_\_: Fr. 200.– (Kinderzulage) Einkommen D.\_\_\_\_\_: Fr. 200.– (Kinderzulage) Total Einkommen: Fr. 17'488.– Bedarf Gesuchsgegner: Fr. 6'187.– Bedarf Gesuchstellerin: Fr. 3'546.– Bedarf C.\_\_\_\_\_: Fr. 1'265.– Bedarf D.\_\_\_\_\_: Fr. 1'265.– Total Bedarf: Fr. 12'263.– Überschuss: Fr. 5'225.– 5.7.1.2. Vom Überschuss ist die nachgewiesene Sparquote von Fr. 820.– abzuziehen, soweit diese nicht durch die nach der Trennung entstandenen Mehrkosten, die nicht durch einen zumutbaren Ausbau der Eigenversorgung aufgefangen werden können, aufgebraucht wird (vgl. BGE 147 III 293 E. 4.4). Das Mehreinkommen der Familie seit der Trennung beläuft sich auf Fr. 5'702.– (Fr. 17'488.– - Fr. 11'786.–), während seit der Trennung Mehrkosten von Fr. 6'006.– (Fr. 12'263.– - Fr. 6'257.–) anfallen. Die Differenz des Mehreinkommens und der Mehrkosten von Fr. 304.– ist durch die Sparquote zu decken, sodass vom Überschuss noch die hernach verbleibende Sparquote von Fr. 516.– (Fr. 820.– - Fr. 304.–) zu subtrahieren ist. Nach kleinen und grossen Köpfen zu verteilen sind somit Fr. 4'709.–. 5.7.1.3. Die Barunterhalte inklusive Überschussanteil der Kinder betragen je Fr. 1'851.– (Fr. 1'265.– + Fr. 786.– - Fr. 200.–). Da die Kinder in Phase I unter der

- 72 - alleinigen Obhut der Gesuchstellerin standen, schuldet der Gesuchsgegner den gesamten Barbedarf inklusive Überschussanteil. Der Betreuungsunterhalt von Fr. 3'546.– ist D.\_\_\_\_\_ als jüngstem Kind zuzuweisen. 5.7.1.4. Der Ehegattenunterhalt der Gesuchstellerin besteht aus ihrem Überschussanteil von Fr. 1'568.–. Zusammen mit dem ihr wirtschaftlich zustehenden Betreuungsunterhalt von Fr. 3'546.– wird die Obergrenze ihres gebührenden Unterhalts von Fr. 5'116.– (vgl. E. III.5.5.6.) nicht überschritten.

## **E. 6**

Phase II (1. Februar 2022 bis 30. Juni 2024)

### **E. 6.1**

Ausgangslage Beide Parteien erheben bei einer alternierenden Obhut keine Rügen gegen die nicht zu beanstandenden vorinstanzlichen Grundbeträge und Aufteilung der Wohnkosten nach kleinen und grossen Köpfen (Urk. 41 S. 63, Urk. 40 Rz. 13 und Urk. 54/40 S. 25 ff.), wobei im Haushalt des Gesuchsgegners entgegen der Vorinstanz von Wohnkosten in der Höhe von insgesamt Fr. 965.– auszugehen ist (vgl. E. III.5.4.2.4) und die Wohnkosten im Haushalt der Gesuchstellerin strittig sind (Urk. 99 Rz. 1 ff. und Urk. 104 S.

2). Am 3. April 2024 wird C. \_\_\_\_\_ 10 Jahre alt und erhöht sich sein Grundbetrag auf Fr. 600.–. Im Durchschnitt beträgt sein Grundbetrag Fr. 421.– (26 Monate x Fr. 400.– und 3 Monate x Fr. 600.–), der hälftig auf die beiden Haushalte zu verteilen ist. Die Parteien sind sich einig, dass der Gesuchstellerin bei ihrer aktuellen Arbeitsstelle bei der Gemeinde F. \_\_\_\_\_ keine Berufsauslagen anfallen. Sie kann den Arbeitsweg zu Fuss zurücklegen und das Mittagessen zu Hause einnehmen (Urk. 54/40 S. 25 und Urk. 54/47 Rz. 39). Die übrigen Bedarfspositionen können – abgesehen von den Einzahlungen in die Säule 3a des Gesuchsgegners und den neu zu berechnenden Steuern – unverändert von der Phase I übernommen werden: C. \_\_\_\_\_ D. \_\_\_\_\_ C. \_\_\_\_\_ D. \_\_\_\_\_ GSin GGer \_ \_ \_ \_ Grundbetrag 1'275.– 211.– 200.– 1'275.– 211.– 200.– Wohnkosten str. str. str. 483.– 241.– 241.– Krankenkasse (KVG) 258.– 79.– 79.– 243.– 0.– 0.–

- 73 - Krankenkasse (VVG) 61.– 28.– 28.– 76.– 0.– 0.– Zusätzliche Gesundheits- 62.– 4.– 4.– 0.– 0.– 0.– kosten Mobilitätskosten 0.– 0.– 0.– 0.– 0.– 0.– Auswärtige Verpflegung 0.– 0.– 0.– 0.– 0.– 0.– Telefon, Radio, TV (inkl. 195.– 0.– 0.– 150.– 0.– 0.– Serafe) Hausrat- und Privathaft- 47.– 0.– 0.– 23.– 0.– 0.– pflichtversicherung

## **E. 6.2**

Einkommen der Gesuchstellerin

### **E. 6.2.1**

Zur Höhe des (hypothetischen) Einkommens der Gesuchstellerin erwog die Vorinstanz, die Gesuchstellerin habe selber eingeräumt, dass kaum abzuschätzen sei, wie viel sie im Bereich Onlinemarketing nach Abschluss der zusätzlichen Aus- bildung verdienen könne. Aus diesem Grund sei diesbezüglich ihre Ausbildung und Berufserfahrung als Dentalassistentin massgeblich. Die Gesuchstellerin habe vor- bringen lassen, sie weise acht Jahre Berufserfahrung auf und könne damit in einem 100%-Pensum als Dentalassistentin jährlich zwischen Fr. 59'150.– und Fr. 65'845.– (inkl. 13. Monatslohn) brutto verdienen. Diese Angaben würden aus den "Richtli- nien für die Saläre der Dentalassistentin, Assistenz Zahnärztinnen, Dentalhygieni- kerinnen und Lernenden\*" der Schweizerischen Zahnärzte-Gesellschaft (SSO) so- wohl für das Jahr 2019 als auch für das Jahr 2021 hervorgehen und seien somit glaubhaft belegt. Sodann habe die Gesuchstellerin den Mittelwert der ausgewiese- nen Lohnspanne errechnet, diesen halbiert und um die Sozialversicherungsabzüge von 15 % bereinigt, womit sie für ein 50%-Pensum auf einen Monatslohn von netto Fr. 2'213.– komme. Der seitens Gesuchsgegner vorgebrachte höhere Monatslohn von Fr. 3'200.– bei einem Pensum von 50 % stütze sich demgegenüber auf eine entsprechende schriftliche Bestätigung eines einzelnen Zahnarztes, wonach die von der SSO ausgegebenen Lohnrichtlinien in der heutigen Arbeitsmarktsituation jeweils deutlich überschritten würden, sowie auf den letztmaligen Teilzeitarbeits- vertrag der Gesuchstellerin von Februar 2020, gemäss dem sie einen Bruttolohn von Fr. 38.– pro Stunde verdiene. Hochgerechnet auf ein Jahr ergebe dies bei einer Arbeitszeit von 42 Stunden pro Woche, vier Wochen Ferien und einem 100%-Pen- sum einen Lohn von mindestens Fr. 6'384.– pro Monat. Im Gegensatz zur Gesuch- stellerin stütze sich der Gesuchsgegner bei seiner Berechnung somit einzig auf die

- 74 - Lohnzahlungsbereitschaft einzelner Zahnärztinnen und Zahnärzte, die womöglich stark von der aktuellen Auftragslage und weiteren individuellen Kontextfaktoren der jeweiligen Praxen geprägt und somit kaum verallgemeinerbar sei. Deshalb stütze sich das Gericht bei der Berechnung des anrechenbaren Lohns auf die Vorbringen der

Gesuchstellerin und somit namentlich auf die erwähnten Richtlinien der SSO. Bei einer Lohnspanne von brutto Fr. 59'150.– und Fr. 65'845.– pro Jahr (inkl. 13. Monatslohn) komme man für eine Dentalassistentin mit acht Jahren Berufserfahrung auf einen durchschnittlichen Bruttolohn von Fr. 62'498.– pro Jahr. Bei einem 60%-Pensum bedeute dies einen jährlichen Bruttolohn von Fr. 37'498.– und einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 3'125.–. Nach Abzug der Sozialversicherungsbeiträge von (geschätzt) 15 % resultiere somit ein monatliches Nettoeinkommen von rund Fr. 2'656.– (Urk. 41 S. 44 f.).

### **E. 6.2.2**

Der Gesuchsgegner moniert, die Parteien würden im Grossraum Zürich leben, weshalb allein dieses Lohnniveau relevant sei. Die Vorinstanz habe dem aber einen Statistikwert entgegengesetzt, der ein grösseres Gebiet mit auch tieferen ländlichen Ansätzen umfasse. Dies sei willkürlich, wenn durch die Akten das Lohnniveau erstellt sei, insbesondere eines bezogen auf die Gesuchstellerin und die massgebende Region (Urk. 54/40 S. 24). Der Gesuchsgegner habe durch schriftliche Auskünfte von in der Grossregion Zürich tätigen Zahnärzten dargestellt, dass die Gesuchstellerin bei einem 60%-Pensum ohne Weiteres ein Nettoeinkommen von Fr. 3'830.– erzielen könne. Dies habe sich insbesondere auch aus dem Stundenansatz ergeben, den die Gesuchstellerin im Zusammenhang mit der Wiederaufnahme ihres Berufes im Februar 2019 [recte: 2020] vereinbart gehabt habe (Urk. 54/40 S. 23). Die Gesuchstellerin übe offenbar nur einen 50%-Job aus, weshalb ihr ein hypothetisches Einkommen auf der Basis des ausgewiesenen Einkommens hochzurechnen sei (Urk. 49 S. 21 f. und S. 26). Es gebe keinen Grund, weshalb die Gesuchstellerin ihre Tätigkeit auf der Gemeindekanzlei, die sie angeblich nicht ausdehnen könne, nicht mit einer weiteren Tätigkeit in einer Zahnarztpraxis ergänzen könne. Eine 10%-Tätigkeit führe zu einem zusätzlichen Einkommen von mindestens Fr. 443.– netto (monatlich). Sie verweigere aber beharrlich, überhaupt eine solche Stelle in Betracht zu ziehen, womit sie ihre Beitrags- und Selbstversorgungspflicht verletze, was zur Aufrechnung eines hypothetischen Einkommens füh-

- 75 - ren müsse (Urk. 63 S. 14). Dass die Behauptung der Gesuchstellerin, sie könne nicht 10 % als Dentalassistentin arbeiten, vorgeschoben und unzutreffend sei, ergebe sich allein durch die vom Gesuchsgegner dokumentierte Erwerbstätigkeit der Gesuchstellerin in ebendiesem Umfang vor Ausbruch von Corona. Es würden also insbesondere entsprechende Stellen existieren, doch suche die Gesuchstellerin gar keine (Urk. 71 S. 3). Der Gesuchsgegner müsse zudem davon ausgehen, dass sich die Gesuchstellerin derart beharrlich weigere, einer adäquaten unselbstständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, weil sie als Fotografin entsprechende Einnahmen erziele. Auf LinkedIn präsentiere sie sich ausdrücklich als "selbstständig", mit hin um sich beruflich auf dem Markt anzubieten. Ebenso habe sie eine aufwändig gestaltete Webseite, mit der sie sich als professionelle Fotografin, inklusive professionellem Honorar, anbiete (Urk. 63 S. 16). Bebilderte Referenzen für "Business" und "Personal Branding" würden zeigen, dass es sich nicht um Gelegenheitsfotos im Freundeskreis handle. Werde der Namen der Gesuchstellerin in Google eingegeben, erscheine sie mit zahlreichen Einträgen (Urk. 104 S. 1). Sie habe kein höheres unselbstständiges Erwerbspensum gesucht, um weiterhin Zeit für diese selbstständige Erwerbstätigkeit zu haben (Urk. 86 S. 1). Die Gesuchstellerin habe vor Vorinstanz stets darauf bestanden, dass sie noch selbstständig als Fotografin tätig sein wolle (Urk. 71 S. 2). Indem sich die Gesuchstellerin nun einfach auf eine Saldierung des Firmenkontos per 12. Januar 2022 berufe, verweigere sie auch die Auskunft, was sie mit

dieser Tätigkeit an Erwerbseinkommen erzielt habe. Dem Gesuchsgegner seien z.B. fünf Kunden der Gesuchstellerin bekannt, die ihr im Jahr 2022 Fotoaufträge erteilt hätten (Urk. 86 Rz. 1). Die Gesuchstellerin habe nach der Tätigkeitsaufnahme im Frühling 2019 die Einnahmen von 2020 auf 2021 um gut 33 % steigern können. Mehrkosten zur Erzielung dieser Einnahmen seien nicht pro- portional angefallen. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin aus dieser Tätigkeit im Jahr 2022 mindestens Fr. 1'000.– monatlich netto einge- nommen habe und sich als Einkommen anrechnen lassen müsse (Urk. 86 Rz. 5).

### **E. 6.2.3**

Die Gesuchstellerin legt dar, dass sie per 1. Februar 2022 eine Arbeitsstelle im 50%-Pensum mit einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 2'972.– (inkl. 13. Monatslohn) angetreten habe (Urk. 40 Rz. 5, Urk. 54/47 Rz. 37 und Urk. 60 Rz. 2). Im Jahr 2023 habe sich das Einkommen auf Fr. 2'863.– bzw. unter Berück-

- 76 - sichtigung des 13. Monatslohns auf Fr. 3'101.– pro Monat belaufen (Urk. 99 Rz. 4). Den Rügen des Gesuchsgegners entgegnet sie, dass es sich bei der vom Gesuchs- gegner eingeholten schriftlichen Auskunft um ein reines Gefälligkeitsschreiben ohne Beweiswert handle. Dieser Zahnarzt sei unbestrittenermassen ein guter Kunde des Gesuchsgegners. Massgeblich seien nur die SSO-Richtlinien (Urk. 54/47 Rz. 35). Die Ausführungen des Gesuchsgegners, wonach der Lohn der Gesuchstellerin auf 60 % bzw. auf Fr. 3'565.50 je Monat hochzurechnen sei, seien falsch und würden bestritten. Die Arbeitgeberin der Gesuchstellerin biete ihr keine Stelle mit einem höheren Pensum an. Diese Stelle bei der Gemeinde F.\_\_\_\_\_ sei ein Glücksfall, weil die Gesuchstellerin keine Ausbildung in den Bereichen KV und Verwaltung habe. Für eine Tätigkeit mit einem 60%-Pensum würde die Gesuch- stellerin diese Stelle kündigen und eine Stelle als Dentalassistentin suchen müs- sen, bei der sie mit einem 60%-Pensum ein Einkommen von Fr. 2'656.– pro Monat und damit ein geringeres Einkommen erzielen würde, was offenkundig unsinnig sei. Eine zusätzliche 10%-Stelle sei organisatorisch nicht praktikabel. Die Gesuchstel- lerin würde nach langer Abwesenheit vom Beruf für einen Wiedereinstieg als Den- talassistentin ein grösseres Pensum ausüben müssen und es gebe ohnehin keine oder fast keine 10%-Stellen. Mit der aktuellen Stelle bei der Gemeinde F.\_\_\_\_\_ sei sie ihren Obliegenheiten zur Generierung eines eigenen Einkommens mehr als ge- nügend nachgekommen (Urk. 54/47 Rz. 38 und Urk. 60 Rz. 3 f.). Sofern der Ge- suchstellerin wider Erwarten ein monatliches Einkommen von mehr als Fr. 2'972.– angerechnet werde, sei ihr eine Übergangsfrist von mindestens sechs Monaten ab Eröffnung des Berufungsentscheids einzuräumen (Urk. 54/47 Rz. 39). Das Foto- grafieren sei ein Hobby der Gesuchstellerin (Urk. 67 Rz. 14). Das LinkedIn-Profil habe die Gesuchstellerin als Auftrag des Dozenten im Rahmen der Ausbildung zur Online-Marketingmanagerin erstellt und sei offensichtlich veraltet bzw. seit länge- rem nicht mehr aktualisiert worden. So stehe in diesem LinkedIn-Profil, dass die Gesuchstellerin nach wie vor eine Ausbildung bei der G.\_\_\_\_\_ AG mache, obwohl dies seit Herbst 2021 nicht mehr der Fall sei (Urk. 67 Rz. 15). Im Hinblick auf den Antritt des Arbeitsverhältnisses am 1. Februar 2022 bei der Gemeinde F.\_\_\_\_\_ habe die Gesuchstellerin das Firmenkonto am 12. Januar 2022 saldiert (Urk. 76 S. 2). Es treffe nicht zu, dass die Gesuchstellerin kein höheres unselbstständiges

- 77 - Erwerbspensum gesucht habe, um weiterhin Zeit für diese selbstständige Erwerbs- tätigkeit zu haben (Urk. 91 S. 2).

#### E. 6.2.4

Die Gesuchstellerin absolvierte von 2003 bis 2006 eine Lehre als Dentalassistentin und arbeitete danach als Dentalassistentin. Im Jahr 2012 machte sie eine Weiterbildung zur Prophylaxeassistentin, wobei sie ab April 2012 neben ihrer Tätigkeit als Dentalassistentin in einem 20%-Pensum als Prophylaxeassistentin angestellt war (Urk. 11/3a). Seit der Geburt von C. \_\_\_\_\_ im April 2014 war die Gesuchstellerin – abgesehen von einem vernachlässigbaren kurzen Einsatz vor der Corona-Pandemie (Urk. 11/5 und Prot. I S. 11) – nicht mehr erwerbstätig (Urk. 1 Rz. 20). Sie weist folglich acht Jahre Berufserfahrung als Dentalassistentin und zwei Jahre Berufserfahrung als Prophylaxeassistentin auf. Die Weiterbildung zur Dipl. Online-Marketingmanagerin NDS HF brach die Gesuchstellerin ab. Stattdessen trat sie am 1. Februar 2022 eine 50%-Stelle als Sachbearbeiterin der Gemeinderatskanzlei inkl. Projektbearbeitung an (Urk. 62/1). Sie erzielte im Jahr 2022 inkl. 13. Monatslohn einen monatlichen Nettolohn von Fr. 2'972.– (vgl. Urk. 44/3, Urk. 54/43/5 und Urk. 54/50/2), der das durch die Vorinstanz angenommene (hypothetische) Einkommen sogar leicht übersteigt. Im Jahr 2023 stieg der monatliche Nettolohn (inkl. 13. Monatslohn) auf Fr. 3'102.– (Urk. 101/5). Durchschnittlich erhält die Gesuchstellerin in der Phase II einen monatlichen Nettolohn von Fr. 3'053.– (11 Monate x Fr. 2'972.– und 18 Monate x Fr. 3'102.–; Urk. 101/5). Für die Unterhaltsberechnung ist von diesen tatsächlichen Gegebenheiten auszugehen. Wie unter E. III.3.6. dargelegt ist der Gesuchstellerin gemäss Schulstufenmodell indes ein 75%-Pensum zuzumuten. Mit der Bestätigung der Gemeindeschreiberin belegte die Gesuchstellerin, dass keine Pensumsaufstockung geplant sei (Urk. 54/50/3). Zu prüfen bleibt, ob sie zur Ausschöpfung ihrer Leistungsfähigkeit ihr Einkommen nach einer angemessenen Übergangsfrist mit einem 25%-Pensum als Prophylaxeassistentin aufzubessern hat. Die Unmöglichkeit, ein bestimmtes Einkommen zu erzielen, kann eine Partei insbesondere durch den Nachweis ernsthafter vergeblicher Suchbemühungen und Darlegung der Erfahrungswerte erbringen, welche die fehlende Möglichkeit einer entsprechenden Anstellung aufzeigen (BGer 5A\_467/2020 vom 7. September 2020, E. 4.2), was die Gesuchstellerin aber nicht tat. Vielmehr hatte sie selbst vor der Corona-Pandemie eine Stelle im niedrigen Pensumbereich

- 78 - als Prophylaxeassistentin inne (Urk. 11/5 und Prot. I S. 11), womit die Existenz solcher Stellen belegt ist. Eine Übergangsfrist von sechs Monaten erweist sich vor dem Hintergrund, dass die Gesuchstellerin nun während längerer Zeit 25 % weniger als der Gesuchsgegner arbeiten und dennoch vom gesamten Überschuss profitieren kann (vgl. E. III. 6.5.), als unangemessen lange. Es sollte der Gesuchstellerin möglich sein, bis Juli 2024 eine ergänzende Stelle als Prophylaxeassistentin im 25%-Pensum zu finden. Weshalb ein zusätzliches Pensum zu ihrer Stelle bei der Gemeinde F. \_\_\_\_\_ organisatorisch nicht möglich sei, legt die Gesuchstellerin nicht ansatzweise dar. Da ihr das hypothetische Einkommen erst in der Phase III anzurechnen ist, wird die Höhe unter E. III.7.2. thematisiert. Hingegen erscheint es mit der Saldierung des Firmenkontos am 12. Januar 2022 (Urk. 78/1) kurz vor Antritt ihrer unselbstständigen Erwerbstätigkeit als glaubhaft, dass die Gesuchstellerin ihre selbstständige Erwerbstätigkeit zugunsten der unselbstständigen aufgegeben hat und die Fotografie nur noch sporadisch als Hobby betreibt. Das LinkedIn-Profil ist offensichtlich veraltet (Urk. 65/6) und es ist nachvollziehbar, dass die Gesuchstellerin die bereits bestehende, professionelle Webseite nicht löscht, zumal sie diese für ihr Hobby weiterhin nutzen kann. In der Phase II ist folglich von einem monatlichen Einkommen in der Höhe von Fr. 3'053.– (netto)

auszugehen.

### **E. 6.3**

Einkommen des Gesuchsgegners Wie der Gesuchstellerin ist dem Gesuchsgegner bei hälftiger Obhut in casu ein 75%-Pensum zuzugestehen (vgl. E. III.3.6.). 75 % von Fr. 16'933.– entsprechen Fr. 12'700.–. Hinzu kommt der Vermögensertrag von Fr. 155.– (vgl. E. III.5.3.4.), was ein monatliches Einkommen von Fr. 12'855.– ergibt.

### **E. 6.4**

Wohnkosten der Gesuchstellerin

#### **E. 6.4.1**

Der Gesuchsgegner weist in seiner Noveneingabe vom 21. November 2023 darauf hin, dass die Gesuchstellerin die bisherige Wohnung (inkl. der strittigen Parkplätze) gekündigt habe und mit den Kindern in eine günstigere Wohnung um-

- 79 - gezogen sei (Urk. 96 Rz. 1). Der Bezug der 3.5-Zimmerwohnung sei nicht aus wirtschaftlicher Not erfolgt (Urk. 104 S. 1 f.).

#### **E. 6.4.2**

Die Gesuchstellerin bestätigt, dass sie per 1. Dezember 2023 in eine 3.5- Zimmerwohnung umgezogen sei (Urk. 99 Rz. 1). Die Kündigung der bisherigen 4.5- Zimmerwohnung sei aufgrund einer finanziellen Notlage erfolgt, weil der Gesuchsgegner sich weigere, die vorinstanzlich festgelegten Unterhaltsbeiträge zu bezahlen und die Gesuchstellerin gegen ihn noch keine Betreuung eingeleitet habe. Deshalb stehe in der auch durch den Gesuchsgegner unterzeichneten Kündigung vom 22. August 2023, dass sie "aus privatfinanziellen Gründen umziehen" müsse. Zuvor sei ihr eine Mietzinserhöhung per 1. Oktober 2023 mitgeteilt worden. Nach der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge durch die hiesige Kammer werde sie wieder in eine 4.5-Zimmerwohnung umziehen, da sie eine solche wegen den beiden Kindern benötige und mindestens eine solche auch dem ehelichen Lebensstandard entspreche. Bei der Unterhaltsberechnung sei die vorübergehende Einschränkung deshalb nicht zu beachten und in allen Phasen der Unterhaltsberechnung mit dem Mietzins für die bisherige gemietete Wohnung zu rechnen. Ab dem 1. Oktober 2023 sei mit dem auf Fr. 2'439.– pro Monat erhöhten Mietzins zu rechnen (Urk. 99 Rz. 3).

#### **E. 6.4.3**

Der Gesuchsgegner bestreitet nicht, seiner vorinstanzlich festgesetzten, vollstreckbaren Unterhaltspflicht nicht nachzukommen. Seine lediglich partielle Erfüllung ergibt sich auch aus seiner Steuererklärung 2022, in der er Fr. 35'251.– als Unterhaltsbeiträge deklarierte (Urk. 97/2 S. 6). Vor diesem Hintergrund und aufgrund seiner Mitunterzeichnung des Kündigungsschreibens der Gesuchstellerin mit der Angabe "aus privatfinanziellen Gründen" (Urk. 97/1) ist glaubhaft, dass die Gesuchstellerin die 4.5-Zimmerwohnung wegen der nur partiell erfolgenden Unterhaltszahlungen des Gesuchsgegners verlassen musste. Es geht nicht an, dass der Gesuchsgegner von der Verletzung seiner Unterhaltspflicht profitiert, indem im Haushalt der Gesuchstellerin ein niedrigerer Mietzins angerechnet wird. Wohnkosten von Fr. 2'305.– erscheinen weiterhin als angemessen. Die Gesuchstellerin wird kaum in ihre ehemalige Wohnung zurückziehen können und die während zwei Monaten um Fr. 134.– höheren Wohnkosten (Urk. 101/4) fallen bei einer 29 Monate umfassenden Phase nicht ins Gewicht. Es bleibt bei (hypothetischen) Wohnkosten

- 80 - von monatlich Fr. 2'305.– im Haushalt der Gesuchstellerin, von denen Fr. 1'153.– auf die Gesuchstellerin und je Fr. 576.– auf C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ entfallen.

## **E. 6.5**

Steuern und Einzahlungen in die Säule 3a des Gesuchsgegners

### **E. 6.5.1**

Die Phase II fällt überwiegend ins Jahr 2023, weshalb für die Steuerberechnung auf dieses abzustellen ist. Die Gesuchstellerin generiert ein Erwerbseinkommen von Fr. 36'636.–. Hinzu kommen die Kinderzulagen von Fr. 4'800.– und die Unterhaltsbeiträge von rund Fr. 46'700.–. Von den Einkünften sind die Versicherungsprämien von Fr. 5'200.– (Staatsteuer, § 31 Abs. 1 lit. g StG) bzw. Fr. 3'100.– (Bundessteuer, Art. 33 Abs. 1 lit. g und Abs. 1 bis lit. b DBG) und Sozialabzüge von Fr. 18'000.– (Staatsteuer, § 34 Abs. 1 lit. a StG) bzw. Fr. 13'200.– (Bundessteuer, Art. 35 Abs. 1 lit. a DBG) für zwei Kinder im Haushalt abzuziehen. Das steuerbare Einkommen für die Staats- und Gemeindesteuer beträgt Fr. 64'936.–, jenes für die Bundessteuer Fr. 71'836.–. Das Vermögen ist mit Fr. 47'639.– zu veranschlagen (Urk. 78/4 S. 7). Mit dem Steuerrechner des Kantons Zürich für das Steuerjahr 2023 resultieren für die Staats- und Gemeindesteuer Fr. 4'605.– und für die direkte Bundessteuer Fr. 244.–. Das entspricht einer monatlichen Steuerbelastung von Fr. 404.–. Die Einkünfte von C.\_\_\_\_\_ betragen Fr. 1'314.– (Fr. 1'114.– Barunterhalt [inkl. Überschussanteil] und Fr. 200.– Kinderzulagen), jene von D.\_\_\_\_\_ Fr. 1'303.– (Fr. 1'103.– Barunterhalt [inkl. Überschussanteil] und Fr. 200.– Kinderzulagen) und diejenigen der Gesuchstellerin Fr. 4'677.– (Fr. 3'053.– Erwerbseinkommen, Fr. 1'368.– ehelicher Unterhalt und Fr. 256.– Betreuungsunterhalt). Die gesamten Einkünfte der Gesuchstellerin und der Kinder belaufen sich auf Fr. 7'294.– (Erwerbseinkommen, Unterhalt und Familienzulagen). Es resultiert ein prozentualer Anteil von 18 % (Fr. 1'314.– bzw. Fr. 1'303.–/Fr. 7'294.–) pro Kind. Den Kindern ist folglich je ein Steueranteil von Fr. 73.– (18 % von Fr. 404.–) zuzuweisen. Die Differenz von Fr. 258.– verbleibt bei der Gesuchstellerin.

### **E. 6.5.2**

Das Einkommen des Gesuchsgegners beträgt Fr. 154'260.–. Als Abzüge sind die Versicherungsprämien von Fr. 2'600.– (Staatsteuer, § 31 Abs. 1 lit. g StG) bzw. Fr. 1'800.– (Bundessteuer, Art. 33 Abs. 1 lit. g DBG) sowie die Unterhaltsbeiträge von rund Fr. 46'700.– zu beachten. Für den Abzug der Säule 3a wäre der im Bedarf angerechnete monatliche Betrag von Fr. 2'613.– auf ein Jahr hochzurech-

- 81 - nen, was Fr. 31'356.– ergibt. Da der maximale Abzug für selbstständig Erwerbende 2023 bei einem Einkommen von Fr. 154'260.– aber Fr. 30'852.– beträgt (Art. 7 Abs. 1 lit. b BVV 3 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BVG), ist von diesem Betrag auszugehen. Das steuerbare Einkommen für die Staats- und Gemeindesteuer beträgt somit Fr. 74'108.–, jenes für die direkte Bundessteuer Fr. 74'908.–. Das steuerbare Vermögen beläuft sich auf Fr. 2'143'806.– (Urk. 93/1 Ziff. 35). Mit dem Steuerrechner des Kantons Zürich für das Steuerjahr 2023 resultieren für die Staats- und Gemeindesteuer Fr. 13'779.– und für die direkte Bundessteuer Fr. 1'177.–. Das entspricht einer monatlichen Steuerbelastung von Fr. 1'246.–. Für die Kinder ist mangels zu besteuernenden Geldflusses kein Steuerbetrag im Haushalt des Gesuchsgegners auszuscheiden.

### **E. 6.5.3**

Entsprechend ist im Bedarf des Gesuchsgegners für die Säule 3a der Betrag von Fr. 2'571.– pro Monat einzusetzen.

## **E. 6.6**

Überschussverteilung

### **E. 6.6.1**

Der Gesuchsgegner fordert, dass ein allfälliger Überschuss nur bei gleichen Arbeitspensen der Parteien hälftig auf diese aufzuteilen sei (Urk. 63 S. 20).

### **E. 6.6.2**

Die Gesuchstellerin schreibt zur Überschussverteilung, dass erst ab 1. Februar 2022 allfällige überobligatorische Arbeitsanstrengungen des Gesuchsgegners zu prüfen seien. Ab dann habe aber auch sie ein Erwerbseinkommen, sodass es nicht zutrefte, dass der Gesuchsgegner für den Bedarf der gesamten Familie allein aufkomme (Urk. 40 Rz. 25).

### **E. 6.6.3**

Das tatsächliche Arbeitspensum der Gesuchstellerin in Phase II liegt 25 % unter demjenigen, das dem Gesuchsgegner angerechnet wird. Sie erzielte aber bereits vier Monate vor der vorinstanzlichen Phase III ein Einkommen, welches das ihr durch die Vorinstanz angerechnete Einkommen von Fr. 2'656.– übertraf. Sie durfte davon ausgehen, dass die Vorinstanz das Recht richtig angewendet hat und sie ihre Eigenversorgungskapazität ausschöpft. Vor diesem Hintergrund geht es nicht an, sie mit einem geringeren Überschussanteil zu sanktionieren. Dies würde der Ratio der ihr zu gewährenden Übergangsfrist zur Ausdehnung ihrer Erwerbstä-

- 82 - tigkeit widersprechen. Ein Abweichen von der Überschussverteilung nach grossen und kleinen Köpfen rechtfertigt sich nicht. Bei alternierender Obhut werden die Überschussanteile der Kinder den Betreuungsanteilen entsprechend proportional auf die Haushalte der Eltern verteilt (Philipp Maier, a.a.O., N 1187), sodass beiden Kindern in jedem Haushalt ein Überschussanteil von 8.35 % zusteht.

## **E. 6.7**

Unterhaltsbeiträge in Phase II 6.7.1.1. Die Einkommen und Bedarfe lassen sich tabellarisch wie folgt zusammenfassen: Einkommen Gesuchsgegner: Fr. 12'855.– Einkommen Gesuchstellerin: Fr. 3'053.– Einkommen C.\_\_\_\_\_: Fr. 200.– (Kinderzulage) Einkommen D.\_\_\_\_\_: Fr. 200.– (Kinderzulage) Total Einkommen: Fr. 16'308.– Bedarf Gesuchsgegner: Fr. 6'067.– Bedarf C.\_\_\_\_\_ beim Gesuchsgegner Fr. 452.– Bedarf D.\_\_\_\_\_ beim Gesuchsgegner Fr. 441.– Bedarf Gesuchstellerin: Fr. 3'309.– Bedarf C.\_\_\_\_\_ bei der Gesuchstellerin: Fr. 971.– Bedarf D.\_\_\_\_\_ bei der Gesuchstellerin: Fr. 960.– Total Bedarf: Fr. 12'200.– Überschuss: Fr. 4'108.– 6.7.1.2. Die Mehrkosten seit der Trennung von Fr. 5'943.– (Fr. 12'200.– - Fr. 6'257.–) übersteigen das Mehreinkommen von Fr. 4'522.– (Fr. 16'308.– - Fr. 11'786.–) um Fr. 1'421.–. Die Sparquote von Fr. 820.– wird somit durch die Mehrkosten aufgebraucht. Es gilt den gesamten Überschuss zu verteilen.

- 83 - 6.7.1.3. Eine Unterhaltsleistung in Geld setzt die entsprechende Leistungsfähigkeit jedes Elternteils voraus ("jeder nach seinen Kräften"; Art. 276 Abs. 2 ZGB). Diese ist grundsätzlich in dem Umfang gegeben, als das eigene Einkommen den eigenen Bedarf übersteigt. Verbleibt nur einem Elternteil ein Überschuss, muss dieser auch bei der alternierenden Obhut alleine für den Barbedarf des Kindes aufkommen. Besteht bei einem

Elternteil ein Überschuss und beim anderen Elternteil ein Manko, so ist zusätzlich zum Barunterhalt auch Betreuungsunterhalt geschuldet (BGer 5A\_743/2017 vom 22. Mai 2019, E. 5.3.2.). Die Gesuchstellerin vermag mit ihrem Einkommen ihren eigenen Bedarf nicht zu decken, während dem Gesuchsgegner mit seinem Einkommen ein Überschuss verbleibt. Aus diesem hat er der Gesuchstellerin an den Unterhalt von C. \_\_\_\_\_ Fr. 1'114.– (Barunterhalt: Fr. 771.– zzgl. Überschussanteil von Fr. 343.–) und an jenen von D. \_\_\_\_\_ Fr. 1'359.– (Barunterhalt: Fr. 760.– zzgl. Überschussanteil von Fr. 343.–; Betreuungsunterhalt: Fr. 256.–) zu bezahlen. 6.7.1.4. Der Ehegattenunterhalt der Gesuchstellerin besteht aus ihrem Überschussanteil von Fr. 1'368.–, mit dem die Obergrenze ihres gebührenden Unterhalts nicht erreicht wird (vgl. E. III.5.5.6.).

## E. 7

Phase III (ab 1. Juli 2024)

### E. 7.1

Ausgangslage Abgesehen von den noch zu thematisierenden Berufsauslagen der Gesuchstellerin wegen ihres hypothetisch anzurechnenden Einkommens, den neu zu berechnenden Steuern und dem erhöhten Grundbetrag bei C. \_\_\_\_\_ kann von den Bedarfswerten der Phase II (vgl. E. III.6.1.) ausgegangen werden: C. \_\_\_\_\_ D. \_\_\_\_\_ C. \_\_\_\_\_ D. \_\_\_\_\_  
GSin GGer \_ \_ \_ \_ Grundbetrag 1'275.– 300.– 200.– 1'275.– 300.– 200.– Wohnkosten 1'153.– 576.– 576.– 483.– 241.– 241.– Krankenkasse (KVG) 258.– 79.– 79.– 243.– 0.– 0.– Krankenkasse (VVG) 61.– 28.– 28.– 76.– 0.– 0.– Zusätzliche Gesundheitskosten 62.– 4.– 4.– 0.– 0.– 0.– Mobilitätskosten s.u. 0.– 0.– 0.– 0.– 0.–

- 84 - Auswärtige Verpflegung s.u. 0.– 0.– 0.– 0.– 0.– Telefon, Radio, TV (inkl. 195.– 0.– 0.– 150.– 0.– 0.– Serafe) Hausrat- und Privathaftpflichtversicherung Säule 3a 0.– 0.– 0.– 2'571.– 0.– 0.–

### E. 7.2

Einkommen der Gesuchstellerin Zur Vermeidung von Wiederholungen kann für die vorinstanzlichen Überlegungen und Parteistandpunkte zur Einkommenshöhe der Gesuchstellerin vorab auf E. III.6.2. verwiesen werden. Das Lohnbuch der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich bezieht sich bei der Monatslohn-Empfehlung auf die Richtlinien für die Saläre der Schweizerischen Zahnärzte-Gesellschaft SSO vom 1. Januar 2023 (Livia Gina Tosoni, in: Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich, Amt für Wirtschaft und Arbeit [Hrsg.], Lohnbuch Schweiz 2023, 2023, S. 537). Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz sich für die Berechnung des Einkommens im Kanton Zürich auf diese Richtlinien und nicht auf die Lohnzahlungsbereitschaft einzelner Zahnärztinnen und Zahnärzte stützte. Gemäss Richtlinien für die Saläre der Schweizerischen Zahnärzte-Gesellschaft SSO (<https://www.sso.ch/de/praxis-team#prophylaxeassistentin>, zuletzt besucht am 9. Februar 2024) steht der Prophylaxeassistentin ein monatlicher Zuschlag von Fr. 400.– zum für Dentalassistentinnen gültigen Salär zu, der 13-mal zu entrichten ist. Dieser Zuschlag blieb in der vorinstanzlichen Lohnberechnung unberücksichtigt. Aktuell beträgt im achten Berufsjahr der Bruttojahreslohn bei einem Pensum von 100 % inklusive 13. Monatslohn für Prophylaxeassistentinnen im Minimum Fr. 67'145.– (Fr. 61'945.– zuzüglich 13 x Fr. 400.–) und im Maximum Fr. 74'100.– (Fr. 68'900.– zuzüglich 13 x Fr. 400.–), woraus ein durchschnittlicher Bruttojahreslohn von Fr. 70'623.– bzw. ein durchschnittlicher Bruttomonatslohn von Fr. 5'885.– resultiert. Wird von einem 25%-Pensum und den

vorinstanzlich angenommenen 15 % an Sozialversicherungsbeiträ- gen ausgegangen, ergibt sich ein durchschnittlicher Nettomonatslohn von Fr. 1'251.–. Zusammen mit dem Einkommen von der Gemeinde F.\_\_\_\_\_ von Fr. 3'102.– ist der Gesuchstellerin in der Phase III ein Einkommen von monatlich Fr. 4'353.– (netto) anzurechnen.

- 85 -

### **E. 7.3**

Mobilitätskosten und Kosten für auswärtige Verpflegung

#### **E. 7.3.1**

Angesichts der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sind der Ge- suchstellerin im Bedarf Kosten für die Fahrt zum Arbeitsplatz anzurechnen. Da nicht abgeschätzt werden kann, wo sich der Arbeitsort der Gesuchstellerin befinden wird, ist ihr ein Jahresabonnement des ZVV-NetzPasses für alle Zonen (Fr. 2'295.–; vgl. <https://www.zvv.ch/zvv/de/abos-und-tickets/abos/netzpass.html>; zuletzt besucht am 9. Februar 2024) anzurechnen. Dies entspricht einem monatli- chen Betrag von Fr. 191.–.

#### **E. 7.3.2**

Für die Mehrkosten der auswärtigen Verpflegung sind der Gesuchstellerin gestützt auf die durch die Parteien nicht beanstandete Berechnung der Kosten durch die Vorinstanz auf ein 25%-Pensum hinuntergerechnet Fr. 55.– pro Monat im Bedarf einzusetzen.

### **E. 7.4**

Steuern

#### **E. 7.4.1**

Die in Phase II ermittelten Steuerfaktoren können abgesehen vom veränder- ten Erwerbseinkommen der Gesuchstellerin von Fr. 52'236.– (zuzüglich Kinderzu- lagen von Fr. 4'800.–) und den mit diesen korrelierenden Unterhaltsbeiträgen von rund Fr. 40'000.– übernommen werden. Für die Mobilitätskosten sind Fr. 2'295.– und für die auswärtige Verpflegung Fr. 660.– abzuziehen. Das steuerrelevante Ein- kommen beträgt Fr. 70'881.– für die Staats- und Gemeindesteuer und Fr. 77'781.– für die Bundessteuer. Mit dem Steuerrechner des Kantons Zürich für das Steuerjahr 2023 resultieren für die Staats- und Gemeindesteuer Fr. 5'410.– und für die direkte Bundessteuer Fr. 431.–. Das entspricht einer monatlichen Steuerbelastung von Fr. 487.–. Bei hälftigen Betreuungsanteilen sind die finanziellen Lasten proportional zur Leistungsfähigkeit zu tragen (BGE 147 III 265 E. 5.5). Bei einer Leistungsfähig- keit der Gesuchstellerin von 10 % und des Gesuchsgegners von 90 % (vgl. E. III.7.5.2.) betragen die Einkünfte von C.\_\_\_\_\_ Fr. 1'244.– (Fr. 1'044.– Bar- unterhalt [inkl. Überschussanteil; geschätzt] und Fr. 200.– Kinderzulagen), die von D.\_\_\_\_\_ Fr. 1'155.– (Fr. 955.– Barunterhalt [inkl. Überschussanteil; geschätzt] und Fr. 200.– Kinderzulagen) und jene der Gesuchstellerin Fr. 5'613.– (Fr. 4'353.– Er- werbseinkommen, Fr. 1'260.– ehelicher Unterhalt [geschätzt] und Fr. 0.– Betreu-

- 86 - ungsunterhalt). Die gesamten Einkünfte der Gesuchstellerin und der Kinder belau- fen sich auf Fr. 8'012.– (Erwerbseinkommen, Unterhalt und Familienzulage). Es re- sultiert ein prozentualer Anteil von 16 % (Fr. 1'244.– / Fr. 8'012.–) für C.\_\_\_\_\_ und einer von 14 % (Fr. 1'155.– / Fr. 8'012.–) für D.\_\_\_\_\_. C.\_\_\_\_\_ ist folglich ein Steu- eranteil von Fr. 78.– (16 % von Fr. 487.–) und D.\_\_\_\_\_ einer von Fr. 68.– (14 % von Fr. 487.–) zuzuweisen. Die Differenz von Fr. 341.– verbleibt bei der Gesuch- stellerin.

### **E. 7.4.2**

Beim Gesuchsgegner ändert sich lediglich der Abzug der Unterhaltsbeiträge von rund Fr. 40'000.–. Sein steuerbares Einkommen beträgt Fr. 80'808.– für die Staats- und Gemeindesteuer und Fr. 81'608.– für die direkte Bundessteuer. Gemäss Steuerrechner schuldet der Gesuchsgegner für die Staats- und Gemeinde- steuern Fr. 14'955.– und für die direkte Bundessteuer Fr. 1'588.–. Das entspricht einer monatlichen Steuerbelastung von Fr. 1'379.–. Für die Kinder ist mangels zu besteuernenden Geldflusses kein Steuerbetrag im Haushalt des Gesuchsgegners auszuscheiden.

### **E. 7.5**

Unterhaltsbeiträge in Phase III

#### **E. 7.5.1**

Die Einkommen und Bedarfe lassen sich tabellarisch wie folgt zusammen- fassen:  
Einkommen Gesuchsgegner: Fr. 12'855.– Einkommen Gesuchstellerin: Fr. 4'353.–  
Einkommen C.\_\_\_\_\_: Fr. 200.– (Kinderzulage) Einkommen D.\_\_\_\_\_: Fr. 200.–  
(Kinderzulage) Total Einkommen: Fr. 17'608.– Bedarf Gesuchsgegner: Fr. 6'200.– Bedarf C.\_\_\_\_\_\_ beim Gesuchsgegner Fr. 541.– Bedarf D.\_\_\_\_\_\_ beim Gesuchsgegner Fr. 441.–  
- 87 - Bedarf Gesuchstellerin: Fr. 3'638.– Bedarf C.\_\_\_\_\_\_ bei der Gesuchstellerin: Fr. 1'065.– Bedarf D.\_\_\_\_\_\_ bei der Gesuchstellerin: Fr. 955.– Total Bedarf: Fr. 12'840.–  
Überschuss: Fr. 4'768.– Die Mehrkosten seit der Trennung von Fr. 6'583.– (Fr. 12'840.– - Fr. 6'257.–) über- steigen das Mehreinkommen von Fr. 5'822.– (Fr. 17'608.– - Fr. 11'786.–) um Fr. 761.–. Die Sparquote von Fr. 820.– wird somit im Umfang von Fr. 761.– ver- braucht und beim Gesuchsgegner ist eine auf Fr. 59.– verringerte Sparquote zu berücksichtigen.

#### **E. 7.5.2**

Die finanziellen Lasten des Barunterhalts sind wegen der hälftigen Betreu- ungsanteilen proportional zur Leistungsfähigkeit zu tragen (BGE 147 III 265 E. 5.5). Nach Deckung der eigenen Bedarfe (exkl. Kinder und Überschussanteile; inkl. Spa- rquote von Fr. 59.– beim Gesuchsgegner) erzielt die Gesuchstellerin einen Über- schuss von Fr. 715.– und der Gesuchsgegner einen von Fr. 6'596.–, was eine Summe von Fr. 7'311.– ergibt. Die Gesuchstellerin weist eine Leistungsfähigkeit von 10 % und der Gesuchsgegner eine von 90 % auf. Die Gesuchstellerin hat sich am Unterhalt von C.\_\_\_\_\_\_ im Haushalt des Gesuchsgegners mit Fr. 93.– (10 % von Fr. 541.– [Bedarf] + Fr. 393.– [Überschussanteil pro Haushalt]) und an jenem von D.\_\_\_\_\_\_ mit Fr. 83.– (10 % von Fr. 441.– [Bedarf] + Fr. 393.– [Überschussan- teil pro Haushalt]) zu beteiligen. Durch den Gesuchsgegner wird in seinem Haushalt ein Kinderunterhalt von gesamthaft Fr. 1'592.– getragen. Die 90%ige Schuld des Gesuchsgegners am Unterhalt der Kinder im Haushalt der Gesuchstellerin ergibt für C.\_\_\_\_\_\_ Fr. 1'132.– (90 % von Fr. 865.– [Bedarf abzgl. Kinderzulage von Fr. 200.–] + Fr. 393.– [Überschussanteil pro Haushalt]) und für D.\_\_\_\_\_\_ Fr. 1'033.– (90 % von Fr. 755.– [Bedarf abzgl. Kinderzulage von Fr. 200.–] + Fr. 393.– [Über- schussanteil pro Haushalt]). Den hernach noch ungedeckten Kinderunterhalt von Fr. 241.– im Haushalt der Gesuchstellerin hat diese zu tragen. Unter Verrechnung der Unterhaltsansprüche hat der Gesuchsgegner an den Unterhalt von C.\_\_\_\_\_\_ Fr. 1'039.– (Fr. 1'132.– - Fr. 93.–) und an den von D.\_\_\_\_\_\_ Fr. 950.– (Fr. 1'033.– - Fr. 83.–) zu zahlen.

### E. 7.5.3

Der Gesuchstellerin verbleibt nach Deckung ihres Bedarfs und ihres Anteils an den Kinderunterhalt in beiden Haushalten ein Überschuss von Fr. 298.– (Fr. 715.– - Fr. 93.– - Fr. 83.– - Fr. 241.–). Anspruch hat sie indes auf einen Überschussanteil von 1'568.–, mit dem ihr gebührender Unterhalt nicht überschritten wird. Der eheliche Unterhaltsbeitrag der Gesuchstellerin beträgt Fr. 1'270.– (Fr. 1'568.– - Fr. 298.–). IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Der vorinstanzliche Kostenentscheid wurde von den Parteien im Berufungsverfahren nicht thematisiert und erscheint auch unter Berücksichtigung der damals nicht nur vermögensrechtlichen Streitigkeiten und der vorliegend anzupassenden Unterhaltsbeiträge weiterhin als angemessen sowie den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend (Art. 106 ff. ZPO). Das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Urk. 41 Dispositiv-Ziffern 11 und 12) ist daher zu bestätigen. 2. In Anwendung von § 5, § 6 Abs. 2 lit. b sowie § 12 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG ist die Entscheidunggebühren für das Berufungsverfahren über die Erst- und Zweitberufung auf Fr. 12'000.– festzusetzen. 3. Im Rechtsmittelverfahren gelten dieselben Verteilungsgrundsätze wie vor erster Instanz (Art. 106 ff. ZPO). In Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO sind die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen aufzuerlegen. Die Gesuchstellerin begehrt mit der Erstberufung Unterhaltszahlungen von insgesamt Fr. 629'975.– (15 Monate à Fr. 12'825.– + 50 Monate [im Hinblick auf den Entscheid im März 2024 gerechnet bis März 2026] à Fr. 8'752.–; Urk. 40 S. 1). Der Gesuchsgegner beantragt mit der Zweitberufung eine Reduktion der Kinderunterhaltsbeiträge auf insgesamt Fr. 162'500.– (65 Monate à Fr. 2'500.–; Urk. 54/40 S. 2). Neu gesprochen werden insgesamt Fr. 312'068.– (15 Monate à Fr. 8'816.– + 29 Monate à Fr. 3'841.– + 21 Monate à Fr. 3'259.–). Damit unterliegt die Gesuchstellerin gerundet zu 68 %. Folglich sind die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens der Gesuchstellerin im Umfang von Fr. 8'160.– und dem Gesuchsgegner im Umfang von Fr. 3'840.– aufzuerlegen. Die Kosten sind mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 6'000.– (Urk. 46 und Urk. 54/45) zu verrechnen. Die Gesuchstellerin ist

- 89 - zu verpflichten, dem Gesuchsgegner seinen Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 2'160.– zurückzuerstatten (Art. 111 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO). 4. Des Weiteren ist die Gesuchstellerin dem Antrag des Gesuchsgegners entsprechend (Urk. 54/40 S. 2) zu verpflichten, ihm für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die volle Entschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 Abs. 1 bis 3 und § 13 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 9'000.– festzusetzen. Die auf 36 % reduzierte Parteientschädigung beträgt demnach Fr. 3'240.– zzgl. Mehrwertsteuern von Fr. 249.– (7.7 %; Art. 115 Abs. 1 i.V.m. Art. 112 Abs. 2 i.V.m. aArt. 25 Abs. 1 MWSTG), mithin Fr. 3'489.–. Es wird beschlossen:

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