

# ZH\_OBERGERICHT LE230002 vom 15. März 2023

ZH Obergericht, 2023-03-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE230002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE230002)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE230002 du 15 mars 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT LE230002 del 15 marzo 2023

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. Oktober 2014 verheiratet und Eltern des gemeinsamen Sohns C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2014 (Urk. 21 und Urk. 23).

#### E. 1.1

Die Vorinstanz hat sich auf rund drei Seiten mit den Einkommensverhältnissen der Gesuchstellerin auseinandergesetzt. Ab Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Entscheids hat die Vorinstanz der Gesuchstellerin ein hypothetisches Einkommen in der Höhe von monatlich Fr. 2'400.– angerechnet (Urk. 43 S. 27 ff.).

#### E. 1.2

Die Gesuchstellerin rügt, indem die Vorinstanz das bis Ende 2022 angenommene Einkommen der Gesuchstellerin von Fr. 1'500.– auf Fr. 2'400.– netto pro Monat erhöht habe, habe sie die Dispositions- respektive die Verhandlungs- maxime verletzt, zumal der Gesuchsgegner lediglich von einem tieferen Einkommen in der Höhe von Fr. 1'890.– pro Monat ausgegangen sei (Urk. 42 S. 9 f.).

- 11 -

#### E. 1.3

Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten statuiert Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO den Untersuchungs- und Offizialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. Neue Tatsachen und Beweismittel können in Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, im Berufungsverfahren unbeschränkt vorgebracht werden; Art. 317 Abs. 1 ZPO kommt nicht zum Tragen (BGE 147 III 301 E. 2.2; BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

#### E. 1.4

Vorliegend haben die finanziellen Verhältnisse der Parteien selbstredend Einfluss auf die Kinderunterhaltsbeiträge, mithin die Kinderbelange. Entsprechend gilt bezüglich des hypothetischen Einkommens der Gesuchstellerin nicht die Dispositionsmaxime, sondern vielmehr die Untersuchungs- und Offizialmaxime. Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin war die Vorinstanz entsprechend nicht gehalten, das hypothetische Einkommen der Gesuchstellerin aufgrund der Vorbringen des Gesuchsgegners zu begrenzen. Weitere Ausführungen zur Sache erübrigen sich. Die Berufung erweist sich in diesem Punkt als offensichtlich unbegründet. 2. Bisheriges Einkommen der Gesuchstellerin

### E. 2

Mit Eingabe vom 11. Februar 2022 machte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Gesuchstellerin) das vorliegende Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1-3). Hinsichtlich der weiteren Prozessgeschichte vor Vorinstanz kann auf die diesbezüglichen Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 43 S. 4 f.). Mit Urteil vom 5. Januar 2023 wurden die Parteien zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts berechtigt und es wurde festgestellt, dass sie das Getrenntleben bereits aufgenommen haben. Die Obhut für C.\_\_\_\_\_ wurde den Parteien gemeinsam zugeteilt und es wurde festgehalten, dass er seinen Wohnsitz bei der Gesuchstellerin hat. Für den Fall, dass sich die Parteien nicht über eine andere Aufteilung der hälftigen Betreuung einigen, wurde eine Betreuungsregelung festgelegt. Die eheliche Wohnung wurde für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin und dem Sohn zur alleinigen Benützung zugewiesen. Neben weiteren Punkten wurde der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchsgegner) zur Zahlung von monatlichen Kinderunterhalts- sowie Ehegattenunterhaltsbeiträgen an die Gesuchstellerin verpflichtet (Urk. 43 S. 50 ff.).

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin betreibe seit Mai 2018 auf selbständiger Basis die Firma "E.\_\_\_\_\_", wo sie als Wimpernstylistin in einem 50%-60%-Pensum arbeite. In der Steuererklärung 2018 hätten die Parteien das Netto-Einkommen der Gesuchstellerin mit Fr. 5'542.–, in der Steuererklärung 2019 mit Fr. 10'623.–, in der Steuererklärung 2020 mit Fr. 27'170.– und in der Steuererklärung 2021 mit Fr. 18'178.– beziffert. Bei schwankendem Einkommen, insbesondere bei selbständiger Erwerbstätigkeit, sei auf den Durchschnitt einer repräsentativen Periode abzustellen. Die durch die Gesuchstellerin in den Jahren 2020 und 2021 erzielten Einkünfte seien pandemiebedingt nicht aussagekräftig. Immerhin zeige die Gesuchstellerin, dass sie ihre Tätigkeit trotz pandemiebedingten Einschränkungen in den Jahren 2020 und 2021 sukzessive habe ausbauen können. Ohne COVID-Entschädigung habe die Gesuchstellerin im Jahr 2020 einen Gewinn von gerundet Fr. 22'000.– erzielt, was einem monatlichen Einkommen von gerundet Fr. 1'830.– entspreche. Im Jahr 2021 habe der Gewinn gerundet

- 12 - det Fr. 18'200.– und somit gerundet Fr. 1'500.– pro Monat betragen. Es sei jedoch gerichtsnotorisch, dass in der Kosmetikbranche häufig mit kurzfristigen Absagen gerechnet werden müssen – sei es wegen Verdacht auf eine COVID-Erkrankung, wegen tatsächlich positivem Testergebnis oder wegen Angst vor einer Ansteckung. Damit erscheine auch das Jahr 2021 für die Zukunft nicht repräsentativ. Es rechtfertige sich, für die Zeit ab 1. April 2022 bis zur Vollstreckbarkeit des vorinstanzlichen Entscheids, mit welchem die alternierende Obhut installiert werde, von einem Einkommen in der Höhe von Fr. 1'500.– auszugehen. Dies entspreche dem im Jahr 2021 erzielten monatlichen Einkommen der Gesuchstellerin und sei von ihr bei alleiniger Obhut anerkannt worden (Urk. 43 S. 26 f.).

### **E. 2.2**

Die Gesuchstellerin rügt, ihr Durchschnittseinkommen in den Jahren 2018 bis 2021 betrage Fr. 15'443.– pro Jahr, entsprechend Fr. 1'287.– netto pro Monat. Gemäss der Erfolgsrechnung 2022 habe der Gewinn im Jahr 2022 Fr. 12'235.53 betragen. Die Prognose, dass sie ab dem Jahr 2022 Fr. 1'500.– pro Monat erzielen könne, habe sich damit klarerweise als falsch erwiesen. Die Annahme der Vorinstanz, die Gesuchstellerin könne in der Phase 2 mehr arbeiten und mit ihrer angestammten Tätigkeit mehr verdienen, sei

somit widerlegt, willkürlich und verletze die Verhandlungsmaxime. Die Gesuchstellerin habe im Jahr 2022 maximal Fr. 1'000.– pro Monat verdient, obwohl die COVID-Massnahmen anfangs 2022 vollständig aufgehoben worden seien. Die Erwägung der Vorinstanz, die Gesuchstellerin habe ihre Tätigkeit sukzessive ausbauen können, sei aktenwidrig. Im Jahr 2021 habe sie unbestrittenermassen weniger als in den Jahren 2020 und 2022 verdient. Die Vorinstanz ver falle mit ihrer Argumentation in Willkür (Urk. 42 S. 5 f.). 2.3.1. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit der Reingewinn, der entweder als Vermögensstandsgewinn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des laufenden und am Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres) oder als Gewinn in einer ordnungsgemässen Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen wird. Weil bei selbständiger Erwerbstätigkeit die finanzielle Verflechtung zwischen Unternehmerhaushalt und Unternehmung gross und intensiv ist und weil der Gewinnausweis

- 13 - sich relativ leicht beeinflussen lässt, kann sich die Bestimmung der Leistungskraft eines Selbständigerwerbenden als schwierig erweisen. Um ein einiger massen zuverlässiges Resultat zu erreichen und namentlich um Einkommensschwankungen Rechnung zu tragen, sollte auf das Durchschnittsnettoeinkommen mehrerer – in der Regel der letzten drei und bei grösseren Schwankungen allenfalls mehr – Jahre abgestellt werden. Auffällige, das heisst besonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse können unter Umständen ausser Betracht bleiben. Nur bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen gilt der Gewinn des letzten Jahres als massgebendes Einkommen, korrigiert insbesondere durch Aufrechnungen von ausserordentlichen Abschreibungen, unbegründeten Rückstellungen und Privatbezügen. Gleichermassen müssen in der Jahresrechnung ausgewiesene, rein buchmässige, das heisst nicht liquiditätswirksame Einnahmen, wie zum Beispiel die Auflösung von Rückstellungen, denen keine entsprechende Ausgabenposition gegenübersteht, bei der Ermittlung des massgeblichen Einkommens unberücksichtigt bleiben (BGE 143 III 617 E. 5.1 m.w.H.; OGer ZH LY180025 vom 13.11.2018, E. II.B.1.5.; FamKomm Scheidung/Büchler/Raveane, Art. 125 ZGB N 27a m.w.H.). 2.3.2. Die Sachverhaltsfeststellung oder Beweiswürdigung einer Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde ist nur als willkürlich zu bezeichnen, wenn die Behörde den Sinn und die Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn sie ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn sie auf Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat. Dass die Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der berufungsführenden Partei übereinstimmen, belegt keine Willkür (BGE 142 II 433 E. 4.4; BGE 141 I 49 E. 3.4; BGer 5A\_60/2020 vom

## **E. 2.4**

Die Vorinstanz hat für die Berechnung des Einkommens der Gesuchstellerin auf die Vorbringen der Parteien, insbesondere die Steuererklärungen der Jahre 2018 bis 2021 abgestellt (Urk. 12/4/1-2; Urk. 12/5/1-2; Urk. 22/2; Urk. 22/3; Urk. 43 S. 26 f.). Diese Zahlen stimmen mit Ausnahme weniger Franken mit denjenigen gemäss der Aufstellung im – von der Gesuchstellerin eingereichten – Jahresabschluss 2020 überein (vgl. Urk. 22/4). Sowohl das Einkommen im Jahr 2020 als auch dasjenige im Jahr 2021 sind signifikant höher als in den Jahren zuvor. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass die Gesuchstellerin ihre Tätigkeit trotz Pandemie habe ausbauen können, entspricht somit – entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin – den Tatsachen. Auch der im

Berufungsverfahren ins Recht ge- legte Jahresabschluss 2022 weist ein Jahresgewinn von Fr. 12'235.53, mithin ei- nen höheren Gewinn als vor der Pandemie, aus (Urk. 45/2). Die vorinstanzliche Überlegung, dass die Jahreseinkommen im Berufsfeld der Gesuchstellerin insbe- sondere zu Zeiten der Corona-Pandemie schwankend und schwer zu bestimmen seien, ist begründet und nachvollziehbar. Im Sinne einer Einzelfallbetrachtung hat die Vorinstanz die Besonderheiten im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie berücksichtigt (Urk. 43 S. 27). Entsprechend ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von einem monatlichen Einkommen in der Höhe von Fr. 1'500.– aus- ging. Auch die Gesuchstellerin selbst ist vor Vorinstanz von einem anrechenbaren monatlichen Einkommen in vorgenannter Höhe ausgegangen (vgl. Urk. 21 S. 9). Weshalb sie im Berufungsverfahren vorbringt, sie habe vor Vorinstanz ein anre- chenbares Einkommen in der Höhe von maximal Fr. 1'500.– "prognostiziert" (Urk. 42 S. 6), ist nicht nachvollziehbar. Die Gesuchstellerin kann daraus jeden- falls im Berufungsverfahren nichts zu ihren Gunsten ableiten. Inwiefern die Vo- rininstanz mit ihren Erwägungen den Sinn und die Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hätte, sie ohne sachlichen Grund ein wichtiges und ent- scheidewesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder auf Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hätte, wird von der Gesuchstellerin sodann nicht weiter dargetan und ist auch nicht ersicht- lich. Entsprechend ist die Vorinstanz nicht in Willkür verfallen, wenn sie für die

- 15 - Zeit ab 1. April 2022 bis zur Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils von ei- nem monatlichen Einkommen in der Höhe von Fr. 1'500.– ausging. An den vor- stehenden Erwägungen ändert auch die erst im Berufungsverfahren ins Recht ge- legte Erfolgsrechnung für das (gesamte) Jahr 2022 nichts, zumal diese erst nach der Urteilsfällung erstellt wurde, sie keine weiteren Belege – insbesondere zu den aufgeführten Ausgaben – enthält und auch die Monate Januar bis und mit März 2022 miteinschliesst (vgl. Urk. 45/2).

## **E. 2.5**

Schlussfolgernd läuft die Rüge der Gesuchstellerin, die Vorinstanz habe ihr Einkommen willkürlich festgestellt, ins Leere. Die Berufung erweist sich auch in diesem Punkt als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen. 3. Hypothetisches Einkommen der Gesuchstellerin

## **E. 3**

Hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 6 und 7 des vorinstanzlichen Urteils erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 19. Januar 2023, hierorts eingegangen am 20. Januar 2023, fristgerecht (vgl. Art. 311 ZPO in Verbindung mit Art. 314 Abs. 1 ZPO; Urk. 4 und Urk. 42) Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Anträge. Mit Verfügung vom 23. Januar 2023 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten angesetzt, welcher rechtzeitig geleistet wurde (Urk. 46 und Urk. 47).

## **E. 3.1**

Die Vorinstanz erwog, ab der Vollstreckbarkeit des vorinstanzlichen Ur- teils werde die alternierende Obhut installiert. Für die Zukunft sei von einem höhe- ren Einkommen der Gesuchstellerin auszugehen. Diese habe trotz Pandemie ge- zeigt, dass sie ihre Tätigkeit habe ausbauen können, und werde in den Wochen, in denen der Gesuchgegner den Sohn betreue, mehr arbeiten können und müs- sen als das von ihr auf 50-60% veranschlagte Pensum. In Zukunft sei davon aus- zugehen, dass sie in einem Pensum von durchschnittlich

70% arbeiten werde. Berücksichtigt werde dabei, dass sie den Sohn während der Ferien mehr betreue als der Gesuchsgegner und dass sich ihr Tätigkeitsgebiet auf Wimpernstyling beschränke. Mangels Ausbildung könne die Gesuchstellerin keine umfassenden Kosmetikbehandlungen anbieten, womit die Kundschaft für ein höheres Pensum etwas schwerer zu akquirieren sein werde. Es werde deshalb länger dauern, bis sie auf ein höheres Pensum kommen könne. Im Rahmen des Eheschutzverfahrens sei einstweilen mit einem Pensum von 70-80% zu rechnen. In den Pandemie-Jahren habe die Gesuchstellerin im Schnitt gerundet Fr. 20'000.– verdient. Nach Wegfall der pandemiebedingten Einschränkungen sei die genannte Zahl ungefähr einem Pensum von 50% zugrunde zu legen, womit es der Gesuchstellerin zumutbar sei, mit einem Pensum von 70% bis 80% ein Einkommen von mindestens gerundet Fr. 2'400.– pro Monat zu erzielen (Fr. 20'000.– bei 50% entspreche einem Einkommen von Fr. 2'500.– bei 75%). Es seien hypothetische An-

- 16 - nahmen, weshalb zugunsten der Gesuchstellerin das Einkommen leicht abzurunden sei, um auch allfälligen Einbussen wegen eigener Erkrankung und unvorhersehbarer anderer Ereignisse Rechnung zu tragen. Dies entspreche in etwa auch dem Lohn, welcher eine ungelernte Kosmetikerin in einem Anstellungsverhältnis von 70-80% verdienen könne. Die Gesuchstellerin stehe infolge der zwei Jahre Corona-Pandemie nach wie vor am Anfang ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit. Es sei daher angemessen, dass sie den Ausbau ihrer Geschäftstätigkeit weiterführe. Ohne Ausbildung werde sie damit eine weitaus höhere Chance haben, mit der Zeit ein höheres Einkommen zu erzielen als eine ungelernte Kosmetikerin im Anstellungsverhältnis. Ab Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils sei von einem Einkommen in der Höhe von Fr. 2'400.– monatlich auszugehen (Urk. 43 S. 27 ff.).

### **E. 3.2**

Die Gesuchstellerin rügt zusammengefasst, es sei unerfindlich, wie sie mit ihrem Geschäft ab sofort Fr. 2'400.– netto pro Monat verdienen könne. Indem die Vorinstanz das bis Ende 2022 angenommene Einkommen von Fr. 1'500.– ab dem 9. Januar 2023 um 60% auf Fr. 2'400.– netto pro Monat erhöht habe, sei sie in Willkür verfallen. Dass die Vorinstanz ohne irgendeine Fristansetzung sogar ab sofort, das heisst mit der Entscheidungsfällung, von einem solch unrealistischen hypothetischen Einkommen ausgegangen sei, sei umso willkürlicher. Die Gesuchstellerin habe im Jahr 2022 nachweislich maximal Fr. 1'000.– pro Monat verdient. Es sei völlig unbegründet, ihr ab sofort eine Steigerung dieses Einkommens um 140% auf Fr. 2'400.– zumuten zu wollen. Die Vorinstanz habe der Gesuchstellerin ab dem 9. Januar 2023 ein um Fr. 1'400.– höheres hypothetisches Einkommen angerechnet. Sie sei in keiner Weise in der Lage, dieses Einkommen zu erzielen. Der angefochtene Entscheid sei daher klar willkürlich. Voraussetzung für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bilde, dass ein solches tatsächlich möglich und erzielbar sei. An dieser Voraussetzung fehle es vorliegend. Vorsorglich und subeventualiter werde darauf hingewiesen, dass der Gesuchstellerin mit dem Berufungsentscheid eine Frist von mindestens eineinhalb Jahren für eine allfällige berufliche Neuorientierung und um sich gegebenenfalls umschulen zu lassen, anzusetzen sei. Eine Ausbildung in eine andere Sparte würde diese Zeit mindestens in Anspruch nehmen. Dass derart einschneidende Weichenstellungen

- 17 - Aufgabe des Eheschutzrichters seien, werde allerdings klar in Abrede gestellt (Urk. 42 S. 9 ff. und S. 13 f.). 3.3.1. Ist erstellt, dass mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen

Haushaltes nicht mehr ernsthaft gerechnet werden kann, hat das Eheschutzgericht im Rahmen von Art. 163 ZGB die für den nahehelichen Unterhalt geltenden Kriterien im Sinne von Art. 125 ZGB miteinzubeziehen und aufgrund der neuen Lebensverhältnisse zu prüfen, ob und in welchem Umfang vom Ehegatten, der bisher den gemeinsamen Haushalt geführt hat, davon aber nach dessen Aufhebung entlastet ist, erwartet werden kann, dass er seine Arbeitskraft anderweitig einsetze und eine Erwerbstätigkeit aufnehme oder ausdehne (vgl. BGE 147 III 301 E. 6.2; BGE 138 III 97 E. 2.2; BGE 137 III 385 E. 3.1; BGE 130 III 537 E. 3.2). Dass eine vorhandene Arbeitskapazität auszuschöpfen ist, entspricht auch einem allgemeinen Grundsatz im Unterhaltsrecht (vgl. BGE 143 III 233 E. 3.2; BGE 137 III 118 E. 2.3; BGE 128 III 4 E. 4a). Nicht erlaubt ist es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sodann, vom Schulstufenmodell mit der pauschalen Begründung abzuweichen, dass genügend finanzielle Mittel vorhanden seien, um den Bedarf der Familie zu decken, und der Unterhaltsberechtigte deshalb keiner Arbeit nachzugehen beziehungsweise das Arbeitspensum nicht ausdehnen müsse. Vielmehr sind in Fällen, in denen keine vernünftige Aussicht auf Wiederaufnahme des Ehelebens besteht, im Rahmen von Art. 163 ZGB die für den nahehelichen Unterhalt geltenden Kriterien, namentlich der Vorrang der Eigenversorgung, bereits ab dem Trennungszeitpunkt massgebend (BGE 147 III 308 E. 5.2; BGE 147 III 301 E. 6.2; BGE 147 III 249 E. 3.4.4; BGer 5A\_42/2020 vom 30. März 2021, E. 5.5). Die im gemeinsamen Haushalt praktizierte Aufgabenteilung kann nicht in alle Ewigkeit fortgesetzt werden; es würde sonst über die Tatsache hinweggesehen, dass mit der Trennung neue Lebensverhältnisse einhergehen, welche zwangsläufig von denjenigen abweichen, unter denen sich die Ehegatten auf eine bestimmte Aufgabenteilung verständigt haben (vgl. BGE 144 III 481 E. 4.6).

3.3.2. Nach der Rechtsprechung darf das Gericht bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen von einem hypothetischen Einkommen ausgehen, falls und soweit die unterhaltsberechtigte oder unterhaltspflichtige Person bei ihr zuzumuten-

- 18 - der Anstrengung mehr verdienen könnte, als sie effektiv verdient. Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss sie aber ausser Betracht bleiben (BGer 5A\_129/2019 vom 10. Mai 2019, E. 3.2.2.1. m.w.H.). Die Zumutbarkeit und die Möglichkeit, ein Einkommen zu erzielen, sind zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Welche Tätigkeit als zumutbar erscheint, ist eine Rechtsfrage. Ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist, bildet hingegen eine Tatfrage, die durch entsprechende Feststellungen oder durch die allgemeine Lebenserfahrung zu beantworten ist. Auch im letzteren Fall müssen aber die Tatsachen als vorhanden festgestellt sein, die eine Anwendung von Erfahrungssätzen überhaupt erst ermöglichen. Dazu gehören insbesondere die berufliche Qualifikation, sprachliche Kenntnisse, bisherige und künftige Aus- und Weiterbildungen, das Alter und der Gesundheitszustand, persönliche und geographische Gegebenheiten sowie die Lage auf dem Arbeitsmarkt. Nicht ausschlaggebend ist nach Aufhebung der "45er-Regel" durch das Bundesgericht hingegen allein das Alter als solches (vgl. BGE 147 III 308 E. 5; BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2; BGE 128 III 4 E. 4; BGE 117 II 16 E. 1b). Im Zusammenhang mit dem Kinderunterhalt besteht eine besondere Anstrengungspflicht, welche namentlich auch die Freiheit der persönlichen Lebensgestaltung und der Realisierung beruflicher Wunschvorstellungen einschränken kann, wobei die Anstrengungspflicht selbstverständlich an konkreten Realitäten ihre Grenze findet und keine unzumutbaren hypothetischen Einkommen angenommen werden dürfen (BGE 147 III 265 E. 7.4 m.w.H.). Dies bedeutet keine Verletzung verfassungsmässiger Rechte (vgl.

BGer 5A\_90/2017 vom 24. August 2017, E. 5.3.1; BGer 5A\_899/2019 vom 17. Juni 2020, E. 2.2.2). Die Unmöglichkeit, ein bestimmtes Einkommen zu erzielen, kann eine Partei insbesondere durch den Nachweis ernsthafter vergeblicher Suchbemühungen und die Darlegung der Erfahrungswerte erbringen, welche die fehlende Möglichkeit einer entsprechenden Anstellung aufzeigen (BGer 5A\_467/2020 vom 7. September 2020, E. 4.2). 3.3.3. Bei der Frage nach dem Zeitpunkt der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens gilt es zu berücksichtigen, dass der betroffenen Person eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen ist, um die rechtlichen Vorgaben in die Wirklichkeit umzusetzen. Die Frist ist nach Möglichkeit grosszügig und den Um-

- 19 - ständen des Einzelfalles angepasst zu bemessen, denn die Neubeziehungsweise Umorientierung auf dem Arbeitsmarkt und ein allfälliger Bewerbungsprozess beanspruchen regelmässig nicht wenig Zeit (vgl. BGE 147 III 308 E. 5.4; BGE 144 III 481 E. 4.6; BGE 129 III 417 E. 2.2; BGer 5A\_569/2021 vom 17. Juni 2022, E. 2.1.3.2.). In der Gerichtspraxis haben sich drei bis maximal sechs Monate als Standard eingespield (FamKomm Scheidung/Büchler/Raveane, Art. 125 ZGB N 23 m.w.H.). Das Bundesgericht hat allerdings festgehalten, dass längere Übergangsfristen angezeigt sein können, wenn diese eine klare Erhöhung der Eigenversorgungskapazität begünstigen (BGE 147 III 308 E. 5.4). Sind eheliche Nachteile auszugleichen, muss dies umso mehr gelten. Umgekehrt ist eine Übergangsfrist kürzer zu bemessen oder ganz entbehrlich, wenn die Trennungsphase lange gedauert hat, so dass der Pflichtige bereits genügend Zeit hatte, um sich auf seine neue Situation einzustellen. Eine rückwirkende Anrechnung des hypothetischen Einkommens ist nur in Ausnahmefällen möglich, wenn die geforderte Umstellung für die betroffene Person voraussehbar war oder in Fällen von Rechtsmissbrauch (Affolter, Das hypothetische Einkommen im Familienrecht – ein Überblick, in: AJP 2020 S. 833 ff., S. 843; Maier, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, in: FamPra.ch 2014 S. 302 ff., S. 342 m.w.H.). 3.4.1. Aufgrund der Vorbringen der Gesuchstellerin ist der Vollständigkeit halber zunächst zu erwägen, dass diese nicht in rechtsgenügender Weise aufzeigt und im Übrigen auch nicht ersichtlich wäre, inwiefern die Vorinstanz bei ihren Überlegungen den Sinn und die Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt, sie ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder auf Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hätte. Dass die Vorinstanz zu anderen Schlüssen kommt als die Gesuchstellerin, belegt keine Willkür. 3.4.2. Weiter ist festzuhalten, dass das vorliegende Eheschutzverfahren am 11. Februar 2022 vor Vorinstanz anhängig gemacht wurde. Die Parteien leben bereits seit einem Jahr (vgl. Urk. 1 S. 3 f.) getrennt voneinander und rechnen nicht mit der Wiederaufnahme eines gemeinsamen Haushalts beziehungsweise des

- 20 - Ehelebens (Urk. 21 S. 3 und Urk. 23 S. 5). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aktualisiert sich damit die Pflicht zur Eigenversorgung bereits ab dem Trennungszeitpunkt. 3.4.3. Sodann ist festzustellen, dass die Gesuchstellerin das von der Vorinstanz angenommene hypothetische Pensum von 70-80% nicht beanstandet, sondern lediglich geltend macht, sie könne als selbständig Erwerbende nicht Fr. 2'400.– netto pro Monat verdienen (vgl. Urk. 42 S. 9 ff.). Vor dem Hintergrund der von der Vorinstanz angeordneten und im Berufungsverfahren nicht angefochtenen alternierenden Obhut sowie aufgrund des Alters des Sohnes ist die vorinstanzliche Annahme eines 70-80%-Pensums

nicht zu beanstanden. 3.4.4. Die Gesuchstellerin arbeitet unbestrittenermassen als selbständige Wim- pernstylistin und verfügt gemäss eigenen Angaben über keine Ausbildung (vgl. Urk. 42 S. 8). Die Erwägung der Vorinstanz, es sei angemessen, dass die Gesuchstellerin den Ausbau ihrer Geschäftstätigkeit weiterführe und sie damit ohne Ausbildung weitaus höhere Chancen habe, mit der Zeit ein höheres Einkommen zu erzielen als eine ungelernt angestellte Kosmetikerin, ist grundsätzlich zu schützen. Vor dem Hintergrund der hiervor zitierten Rechtsprechung und den vorliegenden familiären Verhältnissen darf bei der Gesuchstellerin jedoch von einer besonderen Anstrengungspflicht ausgegangen werden, welche auch die Freiheit der persönlichen Lebensgestaltung und der Realisierung beruflicher Wunschvorstellungen einschränken kann. Dies bedeutet, dass sich die Gesuchstellerin allenfalls beruflich umorientieren müsste, wenn sie ihre Arbeitskraft anderweitig mehr ausschöpfen beziehungsweise mehr verdienen könnte.

3.4.5. Gestützt auf den statistischen Lohnrechner des Bundes "Salarium" (<https://www.gate.bfs.admin.ch/salarium/public/index.html#/calculation>; zuletzt besucht am 27. Februar 2023) liegt der Brutto-Lohnmedian für ein Beruf im Bereich personenbezogener Dienstleistungen wie zum Beispiel Kosmetikerin (Branche: Dienstleistungen des Sports, der Unterhaltung und der Erholung; Stellung im Betrieb: Ohne Kaderfunktion; Wochenstunden: 42 Stunden; Ausbildung: Ohne abgeschlossene Berufsausbildung; Alter: 42 Jahre; Dienstjahre: 0 [gemeint ist nicht die Arbeitserfahrung, sondern die Anzahl Jahre der Zugehörigkeit zu einem Unternehmen]; Unternehmensgrösse: Weniger als zwanzig Beschäftigte; Sonderzahlungen: Nein; Monats-/Stundenlohn: Stundenlohn) exklusiv 13. Monatslohn bei Fr. 3'988.– für die Region Zürich. Unter Konsultation des Netto-Lohnrechners der ETH Zürich (<https://ethz.ch/de/die-eth-zuerich/arbeiten-lehren-forschen/welcome-center/services-und-downloads/lohnrechner.html>; letztmals besucht am 27. Februar 2023) und ausgehend von einem 75%-Pensum exkl. 13. Monatslohn resultiert ein monatlicher Netto-Lohnmedian von gerundet Fr. 2'646.–. Diese Werte dienen als Anhaltspunkt.

3.4.6. Unter Berücksichtigung der Erwägungen hiervor, der gegenwärtig tiefen Arbeitslosenquote sowie der einstweilen entspannten Lage im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie darf grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die mittlerweile 42-jährige Gesuchstellerin eine Anstellung in einem 75%-Pensum finden könnte. Die Gesuchstellerin hat auch keine Erfahrungswerte erbracht, welche die fehlende Möglichkeit einer entsprechenden Anstellung aufzeigen würden. Es sind keine physischen oder psychischen Beeinträchtigungen und auch anderweitig keine Gründe ersichtlich, die einer grundsätzlich uneingeschränkten Erwerbstätigkeit entgegenstünden. Das Erzielen eines monatlichen Netto-Einkommens in der Höhe von mindestens Fr. 2'646.– erscheint vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen sowohl zumutbar als auch möglich. Sollte die Gesuchstellerin mit ihrer selbständigen Tätigkeit tatsächlich nicht reüssieren, wäre sie somit gehalten, sich in entsprechendem Umfang eine Anstellung zu suchen, um der geforderten besonderen Anstrengungspflicht nachzukommen. Da die Differenz zwischen dem vorstehenden Netto-Erwerbseinkommen bei einer Anstellung und dem von der Vorinstanz angenommenen hypothetischen Einkommen in der Höhe von Fr. 2'400.– nicht erheblich ist, erscheint es – wie die Vorinstanz bereits ausgeführt hat – angemessen, dass die Gesuchstellerin ihre selbständige Geschäftstätigkeit weiterführt. Im Ergebnis bleibt es dabei, dass der Gesuchstellerin ein hypothetisches Einkommen in der Höhe von Fr. 2'400.– netto pro Monat anzurechnen ist.

3.4.7. In Bezug auf den Zeitpunkt der Anrechnung des hypothetischen Einkommens gilt es zu berücksichtigen, dass die Parteien seit nunmehr

einem Jahr ge-

- 22 - trennt leben. Einzubeziehen sind neben der bisherigen Trennungsdauer auch die durchaus guten finanziellen Verhältnisse der Familie und die Rollenverteilung im Sinne einer alternierenden Obhut, welche mit dem vorinstanzlichen Urteil installiert wird. Die Gesuchstellerin musste sich sodann bewusst sein, dass sie sich den mit einer Trennung einhergehenden Veränderungen anzupassen und ihre Eigenversorgungskapazität bereits während der Dauer des Eheschutzes möglichst auszuschöpfen hat. Diesbezüglich zu berücksichtigen ist auch, dass die Gesuchstellerin im Jahre 2020 bereits einmal ein monatliches Netto-Einkommen in der Höhe von gerundet Fr. 2'265.– erzielt hat (vgl. Urk. 12/4/1-2). Die Gesuchstellerin arbeitet bereits in der Kosmetikbranche und muss sich dementsprechend in diesem Arbeitsmarkt nicht komplett neu etablieren. Vielmehr darf davon ausgegangen werden, dass sie ihre persönlichen Beziehungen nutzen kann. Die Erhöhung des hypothetischen monatlichen Einkommens wurde der Gesuchstellerin im fraglichen Umfang zwar erst mit dem vorinstanzlichen Entscheid eröffnet. Aufgrund der angehobenen Berufung ist der vorinstanzliche Entscheid indes (noch) nicht vollstreckbar, weshalb die Übergangsfrist noch andauert. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände erweist sich die vorinstanzliche Anrechnung des hypothetischen Einkommens ab Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils als angemessen, auch wenn das vorinstanzliche Urteil nur aufgrund der erhobenen Berufung nicht sofort vollstreckbar geworden ist. Eine weitergehende Übergangsfrist, insbesondere eine solche von eineinhalb Jahren – wie von der Gesuchstellerin gefordert –, wäre jedenfalls unangemessen und würde auch nicht den Vorgaben der Rechtsprechung entsprechen.

### **E. 3.5**

Zusammenfassend ist die Gesuchstellerin aufgrund der von ihr geforderten besonderen Anstrengungspflicht gehalten, mindestens das von der Vorinstanz angerechnete hypothetische Einkommen von netto Fr. 2'400.– pro Monat zu erzielen. Die Übergangsfrist bis zur Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils erweist sich aufgrund der Gesamtumstände als angemessen. Entsprechend sind die vorinstanzlichen Festlegungen nicht zu beanstanden und die Berufung erweist sich diesbezüglich ebenfalls als unbegründet. Weitergehende Ausführungen zu den geforderten quantitativen Anpassungen der Unterhaltsbeiträge (Urk. 42 S. 12 ff.) erübrigen sich in der Folge.

- 23 -

### **E. 3.6**

Die Dispositiv-Ziffern 6 und 7 des angefochtenen Entscheids sind somit zu bestätigen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Prozesskosten werden den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens und Obsiegens auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Aufgrund des Ausgangs des Berufungsverfahrens ist die Gesuchstellerin vor Berufungsinstanz als unterliegende Partei zu erachten und dementsprechend kostenpflichtig. Die erstinstanzliche Kostenregelung (Dispositiv-Ziffern 13 und 14) ist zu bestätigen. 2. Die Entscheidgebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichtes vom 8. September 2010 (GebV OG; LS 211.11). Im Berufungsverfahren wird die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemessen (§ 12 Abs. 1 GebV OG; vgl. Urk. 26). Die Gebühr bemisst sich dabei nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 GebV OG). In Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b in Verbindung mit § 5 GebV OG ist für das zweitinstanzliche Verfahren die

Entscheidgebühre auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Die Entscheidgebühre ist mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Vorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.– zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). 3. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Gesuchstellerin zufolge Unterliegens (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) und dem Gesuchsgegner mangels relevanter Umtriebe (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO). Es wird beschlossen:

#### **E. 4**

Neue Tatsachen und Beweismittel können im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Alles, was relevant ist, ist grundsätzlich rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 10). Jede Partei, die sich auf solche Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1; BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 4A\_193/2021 vom 7. Juli 2021, E. 3.1). Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie vorliegend zu beurteilen sind – statuiert Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO den Untersuchungs- und Offizialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. Neue Tatsachen und Beweismittel können in Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, im Berufungsverfahren unbeschränkt vorgebracht werden; Art. 317 Abs. 1 ZPO kommt nicht zum Tragen (BGE 147 III 301 E. 2.2; BGE 144 III 349 E. 4.2.1). III. Materielle Beurteilung 1. Verhandlungsmaxime

#### **E. 5**

Dezember 2022, E. 2.3).

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