

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE230037-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler und Ersatzoberrichterin
lic. iur. J. Stark sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Frangi

Urteil vom 16. Juli 2024

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Meilen vom 29. März 2023 (EE220060-G)**

Rechtsbegehren:

(vgl. Urk. 1 S. 2)

A. Des Gesuchstellers (Urk. 37)

- " 1. Es sei festzustellen, dass der Gesuchsteller zum Getrenntleben berechtigt ist und es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit dem 1. Oktober 2021 getrennt leben.
2. Es sei der Gesuchsgegnerin die Familienwohnung samt Hausrat an der C._____ -strasse ..., ... Zürich, für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung zu überlassen.
3. Es sei festzustellen, dass die Gesuchsgegnerin verpflichtet ist, sämtliche Mietzinsen und Nebenkosten aus dem Mietverhältnis an der C._____ -strasse ..., ... Zürich alleine zu tragen, unter vollständiger Schadloshaltung des Gesuchstellers.
4. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin monatliche Unterhaltsbeiträge im Voraus auf den ersten jeden Monats wie folgt zu bezahlen:
 - CHF 7'210.– rückwirkend seit 1. November 2021 bis und mit September 2022
 - CHF 386.– ab 1. Oktober 2022 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens
5. Der Antrag, wonach jeweils ein allfälliger Bonus für das Jahr 2021 und die folgenden Jahre an den jeweiligen Unterhalt anzurechnen sei, sei abzuweisen.
6. Es sei festzustellen, dass der Gesuchsteller für die Monate November 2021 bis und mit Februar 2023 bereits Unterhaltsbeiträge in der Höhe von CHF 145'786.63 an die Gesuchsgegnerin geleistet hat und er berechtigt ist, diesen Betrag von den rückwirkend geschuldeten Unterhaltsbeiträgen abzuziehen.
7. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die vom Gesuchsteller zu viel bezahlten Unterhaltsbeiträge für die Monate November 2021 bis und mit Februar 2023 in der Höhe von CHF 64'546.63 im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zwischen den Parteien zu Gunsten des Gesuchstellers zu berücksichtigen sind.
8. Der Antrag der Gesuchsgegnerin, der Gesuchsteller sei zur Zahlung eines Prozesskostenbeitrages von CHF 8'000.– und einer Parteientschädigung für die anwaltliche Vertretung zu verpflichten sei abzuweisen.
9. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

B. Der Gesuchsgegnerin (Urk. 28, sinngemäss)

1. Antrag 1 des Gesuchstellers sei gutzuheissen.
2. Antrag 2 des Gesuchstellers sei gutzuheissen.
3. Antrag 3 des Gesuchstellers sei abzuweisen.
4. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin weiterhin mindestens CHF 7'210.00 monatlich ab 1. Oktober 2022 zu bezahlen.
5. Eventualiter sei ein allfälliger Bonus für das Jahr 2021 und für die folgenden Jahre an den jeweiligen Unterhaltsbeitrag anzurechnen.
6. Antrag 5 des Gesuchstellers sei abzuweisen.
7. Antrag 6 des Gesuchstellers sei abzuweisen.
8. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin einen Prozesskostenbeitrag in der Höhe von CHF 8'000.– zu leisten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich gesetzlich geschuldeter Mehrwertsteuer zulasten des Gesuchstellers.

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am
Bezirksgericht Meilen vom 29. März 2023:**

(Urk. 60 = Urk. 64 S. 42-44)

Es wird erkannt:

1. Den Parteien wird das Getrenntleben bewilligt. Es wird davon Vormerk genommen, dass sie seit dem 1. Oktober 2021 getrennt leben.
2. Die bisherige eheliche Wohnung der Parteien an der C. _____-strasse ..., ... Zürich wird samt Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchsgegnerin zur alleinigen Benützung zugewiesen.
3. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin persönliche monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 7'210.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. November 2021 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens.

4. Es wird festgestellt, dass der Gesuchsteller für die vom 1. November 2021 bis zum 28. Februar 2023 geschuldeten Unterhaltsbeiträge in Höhe von CHF 115'360.– bereits CHF 124'936.83 bezahlt hat.
5. Der Antrag der Gesuchsgegnerin auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags wird abgewiesen.
6. Alle weiteren oder darüber hinausgehenden Anträge werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
7. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 4'500.–.
8. Die Gerichtskosten werden dem Gesuchsteller zu zwei Drittel und der Gesuchsgegnerin zu einem Drittel auferlegt.
9. Die Gerichtskosten werden – soweit ausreichend – aus dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss von CHF 3'500.– bezogen, sind ihm jedoch von der Gesuchsgegnerin zu einem Drittel zu ersetzen.
10. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine um einen Drittel reduzierte Parteientschädigung von CHF 1'800.– (7,7 % MwSt darin enthalten) zu bezahlen.
11. [Mitteilungssatz]
12. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist: 10 Tage]

Berufungsanträge:

des Gesuchstellers und Berufungsklägers (Urk. 63 S. 2):

- " 1. Es sei Dispositiv Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 29. März 2023 (Geschäfts-Nr. EE220060-G) aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:

Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin wie folgt persönliche monatliche Unterhaltsbeiträge im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats zu bezahlen:

- CHF 7'210.– rückwirkend ab 1. November 2027 bis 31. Dezember 2023
 - CHF 386.– ab 1. Januar 2024 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens.
2. Die Dispositiv Ziffern 8, 9 und 10 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 29. März 2023 (Geschäfts-Nr. EE220060-G) seien aufzuheben und die Gerichtskosten des Eheschutzverfahrens seien der Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagten aufzuerlegen und dem Gesuchsteller/Berufungskläger für das erstinstanzliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. MwSt) zuzusprechen.
 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten der Gesuchsgegnerin bzw. der Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Parteien sind seit dem tt. Juni 2003 verheiratet und haben eine inzwischen volljährige Tochter, D._____ (geboren am tt. April 2004; Urk. 3/1/1). Seit 1. Oktober 2021 leben sie getrennt (vgl. Urk. 1 Rz 8; Urk. 28 S. 3). Der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) ersuchte das Bezirksgericht Meilen (fortan Vorinstanz) mit Eingabe vom 31. Oktober 2022 um Erlass von Eheschutzmassnahmen (Urk. 1). Bezüglich des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 63 E. I.2-4). Am 29. März 2023 erliess die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil, zunächst unbegründet (Urk. 39) und anschliessend auf fristgerechtes Begehren des Gesuchstellers (Urk. 41) als begründete Ausfertigung (Urk. 60 = Urk. 64).

2. Hiergegen erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 31. August 2023 (Urk. 63; Datum Poststempel) fristgerecht Berufung mit den oben aufgeführten Anträgen. Mit Schreiben vom 1. September 2023 wurde die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegnerin) darüber informiert, dass der Gesuchsteller Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil erhoben hat (Urk. 68). Den ihm gemäss Verfügung vom 2. Oktober 2023 auferlegten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.– bezahlte der Gesuchsteller rechtzeitig (Urk. 69 und Urk. 70). Mit

Schreiben vom 12. Oktober 2023 teilte der Gesuchsteller mit, dass er eine neue Rechtsvertretung hat. Zudem bekundete er grundsätzlich Interesse an einer Vergleichsverhandlung (Urk. 71). Mit Schreiben vom 23. November 2023 (und E-Mail vom gleichen Tag) wurden der Gesuchsgegnerin Termine für eine Vergleichsverhandlung vorgeschlagen (Urk. 75; Urk. 74/3). Da diese nicht reagierte und somit ihre Bereitschaft für eine Vergleichsverhandlung nicht abgeklärt werden konnte, wurde ihr mit Verfügung vom 14. Dezember 2023 Frist zur Einreichung einer Berufungsantwort angesetzt, wobei die Verfügung von der Gesuchsgegnerin nicht abgeholt wurde (Urk. 78). Innert Frist ging keine Berufungsantwort ein. Auf ihren Wunsch hin (vgl. Urk. 84) wurde der Gesuchsgegnerin eine Kopie der genannten Verfügung per nicht eingeschriebener Post zugesandt und sie auf die Zustellfiktion sowie den Umstand hingewiesen, dass die erneute Zustellung keine neue Frist auslöse (Urk. 85). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuales

1.1. Betreffend die summarische Natur des vorliegenden Eheschutz(berufungs-)verfahrens und insbesondere das Erfordernis der blossen Glaubhaftmachung der rechtserheblichen Tatsachen kann vorweg auf die zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (Urk. 64 E. II.1+2).

1.2. Bezüglich des ehelichen Unterhalts gilt die Dispositionsmaxime (BGE 149 III 172). Das Gericht ist deshalb im Rahmen der Dispositionsmaxime an die Anträge der Parteien gebunden. Bezüglich der Ermittlung des relevanten Sachverhalts gilt grundsätzlich die Untersuchungsmaxime (Art. 272 ZPO). Jedoch entbindet auch die Untersuchungsmaxime die Parteien nicht von ihrer Mitwirkungspflicht (BGE 140 III 485 E. 3.3). Sind beide Parteien anwaltlich vertreten, hat sich das Gericht wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten (KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, Art. 272 N 3).

1.3. Die Berufung hemmt die Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten sind die Dispositiv-Ziffern 1 (Getrenntleben), 2 (Zuteilung der ehelichen Wohnung), 4 (Anrechnung bezahlter Unterhaltsbeiträge), 4 (Abweisung Prozesskostenbeitrag), 6 (Abweisung weitere Anträge) sowie 7 (Fest-

setzung Gerichtsgebühr) des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 64 S. 42 f.). Diese Ziffern sind somit in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

1.4. 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; Urteil des Bundesgerichts 5A_184/2013 vom 26. April 2013 E. 3.1).

1.5. Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Berufungsschrift hinreichend genau aufgezeigt wird, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 141 III 569 E. 2.3.3; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_555/2022 vom 11. April 2023 E. 3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 5A_933/2022 vom 25. Oktober 2023 E. 1.4.1). Diese Grundsätze gelten auch im Bereich der (unbeschränkten) Untersuchungsmaxime (BGE 138 III 374 E. 4.3.1).

2.1. Wie erwähnt hat die Gesuchsgegnerin keine Berufungsantwort eingereicht. Die Verfügung vom 14. Dezember 2023, in welcher der Gesuchsgegnerin Frist zur

Berufungsantwort angesetzt wurde, wurde als Gerichtsurkunde versandt, jedoch von dieser nicht abgeholt (Urk. 78). Bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Das Schreiben vom 23. November 2023 wurde der Gesuchsgegnerin am 25. November 2023 zugestellt (Urk. 75). Aufgrund dieses Schreibens hatte die Gesuchsgegnerin Kenntnis vom Berufungsverfahren und entsprechend musste sie mit einer (weiteren) Zustellung der Rechtsmittelinstanz rechnen. Die Verfügung vom 14. Dezember 2023 gilt damit als zugestellt (sog. Zustellfiktion; vgl. BGE 141 II 429 E. 3.1; BGE 138 II 225 E. 3.1).

2.2. Die Nichtwahrung der Frist hat die üblichen Säumnisfolgen. Das Verfahren wird ohne die versäumte Handlung fortgesetzt, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 147 Abs. 2 ZPO). Es kann somit keine stillschweigende Anerkennung der Anträge der Berufung unterstellt werden. Vielmehr bleiben die in erster Instanz form- und fristgerecht vorgenommenen Äusserungen der betreffenden Partei beachtlich (STERCHI, in: Berner Kommentar ZPO, Art. 312 N 13). Hingegen gelten die in zweiter Instanz form- und fristgerecht vorgebrachten Tatsachenbehauptungen als nicht bestritten. Zwar gilt im Eheschutzverfahren der Untersuchungsgrundsatz und es ist der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 272 ZPO), jedoch entbindet dies die Parteien nicht davon, bei der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken, wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (Urk. 64 E. II.2). So tragen die Parteien wie unter Geltung des Verhandlungsgrundsatzes die Last, die relevanten Tatsachenbehauptungen aufzustellen, zu bestreiten und wenn nötig zu substantiieren (HURNI, in: Berner Kommentar ZPO, Art. 55 N 64 mit Hinweisen).

III. Materielles

1. Ausgangslage

1.1. Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet die Frage nach der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bei der Gesuchsgegnerin. Der Gesuchsteller rügt mit seiner Berufung, die Vorinstanz habe gegen die bundesgerichtliche Recht-

sprechung verstossen, den Sachverhalt falsch gewürdigt, die Dispositionsmaxime verletzt und das geltende Recht falsch angewendet, indem sie der Gesuchsgegnerin kein (hypothetisches) Einkommen angerechnet habe (Urk. 63 Rz 6). Nicht be-
anstandet werden die vorinstanzlichen Ausführungen zum Einkommen des Ge-
suchsgegners sowie grundsätzlich zum Bedarf der Parteien. Hingegen geht der
Gesuchsteller in Phase II, d.h. ab Anrechnung eines hypothetischen Einkommens
bei der Gesuchsgegnerin, von einem leicht höheren Bedarf aus (Urk. 63 Rz 36 ff.).

1.2. Die rechtlichen Grundlagen bezüglich der Anrechnung eines hypothetischen
Einkommens hat die Vorinstanz zutreffend wiedergegeben, auf die entsprechenden
Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. 64 E. V.1.5).

1.3. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, die Parteien seien seit fast zwan-
zig Jahren verheiratet und hätten eine gemeinsame volljährige Tochter. Die Ge-
suchsgegnerin habe sich seit der Geburt der gemeinsamen Tochter im April 2004
hauptsächlich um deren Pflege und Erziehung gekümmert. Es sei daher von einer
Ehe mit klassischer Rollenverteilung auszugehen. Die Parteien seien sich einig,
dass mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr ernsthaft
gerechnet werden könne. Die Gesuchsgegnerin verfüge über einen brasilianischen
und amerikanischen Abschluss in Medizin. Während der Ehe habe sie lediglich drei
Monate als Unterassistentin gearbeitet, um anschliessend ihr Staatsexamen abzu-
legen. Vorliegend falle ins Gewicht, dass die Parteien die eheliche Gemeinschaft
so organisiert hätten, dass die Gesuchsgegnerin – trotz ihrer guten Ausbildung als
Ärztin in Brasilien – nicht berufstätig gewesen sei, während der Gesuchsteller einer
Vollzeit-Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Mit dieser Aufgabenteilung hätten die
Parteien ihren gemeinsamen Unterhalt bestritten und auch unter Berücksichtigung
der trennungsbedingten Mehrkosten werde dies weiterhin ohne Einschränkung
möglich sein. Die Tatsache, dass sich die Gesuchsgegnerin auf das Staatsexamen
vorbereite und sie über gute Kenntnisse der deutschen Sprache verfüge, bedeute
nicht, dass sie in der Schweiz ohne weiteres eine Stelle als (Assistenz-) Ärztin fin-
den könne, insbesondere da sich in den letzten 16 Jahren im medizinischen Be-
reich viel verändert habe. Hingegen gelinge es der Gesuchsgegnerin nicht, hinrei-
chend glaubhaft zu machen, dass ihr gesundheitlicher bzw. psychischer Zustand

inskünftig eine Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit ausschliesse. Vorliegend komme allerdings hinzu, dass sie zum Zeitpunkt der definitiven Trennung bereits ein fortgeschrittenes Alter erreicht habe. Sodann würden sehr gute wirtschaftliche Verhältnisse vorliegen, die keine Notwendigkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit der Gesuchsgegnerin im jetzigen Zeitpunkt erforderlich machen würden (Urk. 64 E. V.3.2.5). Angesichts dieser Umstände sei die Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch die Gesuchsgegnerin während der Dauer der Trennung zu verneinen und es sei ihr für die Dauer der Trennung kein hypothetisches Einkommen anzurechnen (Urk. 64 E. V.3.2.6).

2. Rügen des Gesuchstellers

2.1. Der Gesuchsteller macht geltend, gemäss aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung gelte das Primat der Eigenversorgung bereits während der Trennungsphase, wenn mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr ernsthaft gerechnet werden könne. Vorliegend sei unbestritten, dass die Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts ausgeschlossen sei (Urk. 63 Rz 8 f.). Der Gesuchsgegnerin sei zumutbar und auch möglich, ihre Arbeitskapazität voll auszuschöpfen und eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Diese Pflicht habe spätestens seit Oktober 2021 bestanden, als er aus der ehelichen Wohnung ausgezogen und der gemeinsame Haushalt aufgehoben worden sei. Damals sei die Gesuchsgegnerin erst 55 Jahre alt gewesen, habe noch zehn Erwerbsjahre vor sich und keinerlei Kinderbetreuungsaufgaben mehr wahrzunehmen gehabt. Sie habe bereits von Januar bis April 2021 im Spital E._____ als Unterassistentzärztin gearbeitet. Für die Gesuchsgegnerin sei absehbar, dass sie ihren Lebensunterhalt bald selbst werde bestreiten müssen. Dessen sei sich die Gesuchsgegnerin auch bewusst und habe anlässlich der Hauptverhandlung zu Protokoll gegeben, sie halte es für realistisch, zwischen Fr. 6'000.– und Fr. 7'000.– zu verdienen. Die Gesuchsgegnerin habe vor Vorinstanz angegeben, dass sie im August 2022 ein Jobangebot vom F._____ [Spital] erhalten habe und dass eine Anstellung für die Psychiatrie G._____ möglich gewesen sei. Diese Tatsachen habe die Vorinstanz vollständig ausser Acht gelassen (Urk. 63 Rz 10). Indem die Vorinstanz von der Gesuchsgegnerin keine Aufnahme der Erwerbstätigkeit verlangt bzw. ihr kein hypothetisches

Einkommen angerechnet habe, habe sie die bundesgerichtliche Rechtsprechung und das Primat der Eigenversorgung verletzt und das Recht falsch angewendet. Des Weiteren sei die Dispositionsmaxime verletzt worden, habe doch die Gesuchsgegnerin selber ausgesagt, sie wolle und könne arbeiten (Urk. 63 Rz 11). Die Gesuchsgegnerin wehre sich nicht gegen die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens, nur der Zeitpunkt, ab wann sie die Erwerbstätigkeit aufzunehmen habe bzw. ab wann das hypothetische Einkommen anzurechnen sei, sei strittig (Urk. 63 Rz 36).

2.2. Die Vorinstanz habe die Zumutbarkeit zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit und mithin die Voraussetzungen für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zu Unrecht verneint (Urk. 63 Rz 12). Die bisher gelebte Rollenverteilung vermöge die Unzumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht zu begründen, zumal die Gesuchsgegnerin selber stets ausgeführt habe und durch ihre frühere Rechtsvertreterin habe ausführen lassen, arbeiten zu wollen und zu können (Urk. 63 Rz 14 ff.). Es könne nicht bloss darauf abgestellt werden, dass die Gesuchsgegnerin während der Ehe nicht berufstätig gewesen sei, und daraus nicht abgeleitet werden, dass ihr der Wiedereinstieg in die Erwerbstätigkeit nicht zugemutet werden könne. Dies gelte umso mehr, als die Gesuchsgegnerin selbst vortrage, arbeiten zu wollen, und mit keinem Wort geltend gemacht habe, es sei ihr nicht zumutbar. Diese Ausführungen der Gesuchsgegnerin habe die Vorinstanz in ihrer Würdigung vollständig unberücksichtigt gelassen und damit den Dispositionsgrundsatz verletzt (Urk. 63 Rz 18).

2.3. Das Argument der Vorinstanz, dass sich im medizinischen Bereich viel verändert habe, beziehe sich nicht auf die Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, sondern auf die tatsächliche Möglichkeit. Die Gesuchsgegnerin habe selber angegeben, bereits von Januar bis April 2021 im Spital E. _____ als Unterassistentzärztin gearbeitet zu haben und im August 2022 eine Offerte vom F. _____ und in der Psychiatrie G. _____ erhalten zu haben. Zudem habe sie angegeben, es sei realistisch, dass sie als Assistenzärztin Fr. 6'000.– bis Fr. 7'000.– verdienen könne. Dass die Möglichkeit bestehe, eine Anstellung in ihrem Ausbildungsbereich zu finden, sei damit erstellt (Urk. 63 Rz 19 ff.). Die Gesuchsgegnerin habe die Be-

rechnungen und Feststellungen des Gesuchstellers anerkannt, wonach für die Gesuchsgegnerin von einem Einkommen als Assistenzärztin auszugehen sei und dies monatlich einem Nettoeinkommen von rund Fr. 6'884.– entspreche (Urk. 63 Rz 25). Die Gesuchsgegnerin könne in der Schweiz auch ohne das Staatsexamen in einem medizinischen Beruf arbeiten. Seit 2018 müssten nicht anerkehbare Diplome der Medizinalberufe im entsprechenden Register (MedReg) eingetragen sein. Diese Registrierung habe die Gesuchsgegnerin nun in die Wege geleitet, wie sie dem Gesuchsteller per E-Mail am 18. August 2023 mitteilt habe. Mit der Diplomregistrierung im MedReg seien die bundesrechtlichen Vorgaben für die Aufnahme einer Tätigkeit unter fachlicher Aufsicht grundsätzlich erfüllt (Urk. 63 Rz 27). Dies beweise, dass die Möglichkeit bestehe, auch ohne Staatsexamen – wenn auch unter fachlicher Aufsicht – als Ärztin zu arbeiten. Die Gesuchsgegnerin habe zudem bereits Bewerbungen verschickt (Urk. 63 Rz 28). Nach dem Gesagten sei die tatsächliche Möglichkeit für die Gesuchsgegnerin, eine Erwerbstätigkeit im medizinischen Bereich aufzunehmen zu können, bewiesen. Der Einwand, dass sich im medizinischen Bereich viel verändert habe, vermöge daran nichts zu ändern und erweise sich als aktenwidrig und falsch. Wie die Gesuchsgegnerin selbst festhalte, habe sie sich fortlaufend weitergebildet. Dass von der Gesuchsgegnerin lediglich verlangt worden sei, das letzte Masterjahr zu absolvieren, um an das Staatsexamen zugelassen zu werden, zeige ebenfalls auf, dass die Ausbildung und das Wissen der Gesuchsgegnerin den aktuellen Anforderungen genügten (Urk. 63 Rz 29).

2.4. Die Vorinstanz begründe nicht, inwiefern das fortgeschrittene Alter der Gesuchsgegnerin die Zumutbarkeit zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit beeinträchtige. Dass das Alter für sich keinen Grund darstelle, um vom Grundsatz der Eigenversorgungskapazität abzuweichen, anerkenne die Vorinstanz selbst. Umso weniger sei nachvollziehbar, weshalb das Alter der Gesuchsgegnerin hier die Unzumutbarkeit der Erwerbsaufnahme begründen sollte, zumal dies die Gesuchsgegnerin nicht einmal geltend mache (Urk. 63 Rz 30 f.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bestehe der Grundsatz, dass die Aufnahme einer Erwerbsarbeit zumutbar und unter dem Titel der Eigenversorgung ein entsprechendes (hypothetisches) Einkommen anzurechnen sei, soweit in tatsächlicher Hinsicht die Aufnahme einer Erwerbsarbeit möglich sei (Urk. 63 Rz 32). Die Gesuchsgegnerin mache mit kei-

nem Wort geltend, aufgrund ihres Alters nicht mehr arbeiten zu können. Im Gegenteil gebe sie selbst an, arbeiten zu können und zu wollen. Die Vorinstanz verletze somit die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die Dispositionsmaxime, wenn sie gestützt auf das Alter eine Erwerbstätigkeit als unzumutbar erachte (Urk. 63 Rz 32).

2.5. Schliesslich verknüpfe die Vorinstanz das Alter der Gesuchsgegnerin mit den vorliegenden guten wirtschaftlichen Verhältnissen, die im jetzigen Zeitpunkt keine Notwendigkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit der Gesuchsgegnerin erforderlich machen würden. Dies verletze die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Wenn eine tatsächlich mögliche Aufnahme der Erwerbstätigkeit zugemutet werden könne, dann müsse diese Eigenversorgung voll ausgeschöpft werden. Dies gelte auch während der Trennungsphase (Urk. 63 Rz 33). Da nicht vorhersehbar sei, wie lange das Scheidungsverfahren dauern werde, könne dem Gesuchsteller nicht zugemutet werden, dass die Vorinstanz für die Dauer des Getrenntlebens zu Unrecht und in Überschreitung des Ermessens sowie in Verletzung von geltendem Recht und der Dispositionsmaxime auf eine Anrechnung eines hypothetischen Einkommens verzichtet habe (Urk. 63 Rz 35).

2.6. Da der Gesuchsgegnerin die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zumutbar und auch tatsächlich möglich sei, sei ihr ein hypothetisches Einkommen anzurechnen (Urk. 63 Rz 36). Die Gesuchsgegnerin habe weder die Bedarfsberechnung noch die Höhe des anzurechnenden hypothetischen Einkommens bestritten. Demzufolge sei bei ihr in der Phase II von einem monatlichen Einkommen von Fr. 6'916.– und von einem Bedarf von monatlich Fr. 5'269.– auszugehen (Urk. 63 Rz 37 f.). Unter Berücksichtigung des Überschussanteils von Fr. 2'033.– habe die Gesuchsgegnerin in Phase II einen Anspruch auf Unterhaltszahlungen von monatlich Fr. 386.– (Urk. 63 Rz 39).

2.7. Obwohl der Gesuchsgegnerin längst bewusst sei, dass sie eine Erwerbstätigkeit aufnehmen müsse, sei er bereit, ihr aus Kulanz nochmals eine Übergangsfrist zu gewähren und Phase II erst ab Januar 2024 beginnen zu lassen. Dies entspreche einem Monat mehr, als die Gesuchsgegnerin im Eheschutz verlangt habe (Urk. 63 Rz 41).

3. Beurteilung

3.1. Zumutbarkeit der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit

3.1.1. Bei der Festsetzung des hypothetischen Einkommens ist zwischen Rechts- und Tatfrage zu unterscheiden. Welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint, ist eine Rechtsfrage. Tatfrage bildet hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen tatsächlich erzielbar ist (BGE 147 III 249 E. 3.4.4 mit Hinweisen). Bezüglich der Frage der Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ist das Gericht somit grundsätzlich nicht an die Parteivorbringen gebunden, insbesondere kann – entgegen den Ausführungen des Gesuchstellers (Urk. 63 Rz 18, Rz 31 f.) – nicht darauf abgestellt werden, dass die Gesuchsgegnerin die Zumutbarkeit anerkannt habe. Jedoch ist bezüglich der konkreten Umstände für die Beurteilung der Frage der Zumutbarkeit trotz der eingeschränkten Untersuchungsmaxime von den konkreten Parteivorbringen auszugehen.

3.1.2. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (Urk. 64 E. V.1.5), besteht die Obliegenheit zur (Wieder-) Eingliederung in den Arbeitsprozess bzw. zur Ausdehnung einer bestehenden Tätigkeit als Grundsatz bereits ab dem Trennungszeitpunkt, wenn – wie es vorliegend unstrittig ist – keine Aussicht auf Wiederaufnahme des Ehelebens mehr besteht (BGE 138 III 97 E. 2.2). Grundsätzlich ist der Gesuchsgegnerin somit eine Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit zuzumuten.

3.1.3. Die Gesuchsgegnerin ist heute 58 Jahre alt. Im Zeitpunkt der Trennung – am 1. Oktober 2021 – war sie rund 55 Jahre alt und die Parteien waren seit knapp 18 Jahren verheiratet. Sie hat keine Betreuungspflichten mehr, da die gemeinsame Tochter der Parteien volljährig ist. Das Alter der Gesuchsgegnerin für sich genommen schliesst die Aufnahme einer Erwerbsarbeit nicht aus (vgl. BGE 147 III 308 E. 5.5, wo die sog. "45er-Regel" aufgegeben wurde). Entsprechend ist angesichts des Vorrangs der Eigenversorgung vom Grundsatz auszugehen, dass ein Vollzeiterwerb für die Gesuchsgegnerin trotz ihres Alters grundsätzlich als zumutbar gilt (BGE 144 III 481 E. 4.7.6).

3.1.4. Zu prüfen bleibt, ob konkrete Umstände vorliegen, aufgrund derer es der Gesuchsgegnerin nicht zumutbar ist, (mit einem 100 %-Pensum) zu arbeiten. Die Gesuchsgegnerin hat zwar vor Vorinstanz ausgeführt, ihre Gesundheit habe begonnen, sich zu verschlechtern, in den letzten Jahren sei es stetig bergab gegangen. Sie leide unter Existenzängsten und stehe unter massivem Druck (Urk. 28 S. 2). Sie leide seit einigen Jahren an schweren gesundheitlichen und psychischen Problemen (Urk. 28 S. 4, S. 6 f.). Sie müsse sich zuerst gesundheitlich erholen können (Urk. 28 S. 5). Sie sei seit Mai 2022 krankgeschrieben und gar nicht arbeitsfähig (Urk. 28 S. 7). Sie führt weiter aus, es sei "fraglich", ob sie zu 100 % arbeiten könne (Urk. 28 S. 8). Das in Aussicht gestellte Arztzeugnis betreffend ihre Arbeitsunfähigkeit seit Mai 2022 (Urk. 28 S. 7) reichte die anwaltlich vertretene Gesuchsgegnerin in der Folge nicht ein, weshalb eine Arbeitsunfähigkeit nicht belegt und damit nicht glaubhaft gemacht ist. Wie die Vorinstanz ausführte (Urk. 64 E. V.3.2.5 S. 27), lassen die von der Gesuchsgegnerin eingereichten Arztzeugnisse und Arztberichte (Urk. 30/1-4) zwar darauf schliessen, dass sie gesundheitliche Probleme hatte bzw. in ärztlicher oder psychotherapeutischer Behandlung stand. Jedoch sind diese nicht aktuell. Diese Schlussfolgerungen der Vorinstanz wurden im Übrigen von keiner Partei beanstandet. Soweit die Gesuchsgegnerin bezüglich ihrer gesundheitlichen Probleme auf das Arztzeugnis vom 9. August 2022 (Urk. 30/1) verweist (Urk. 28 S. 4), ist zudem festzuhalten, dass sich daraus keine anhaltenden, die Arbeitsfähigkeit einschränkenden Beschwerden ergeben. Abschliessend wird im Arztzeugnis festgehalten, dass die Gesuchsgegnerin sich zur Einnahme der empfohlenen Medikamente entschlossen habe. Dass die Medikamente nicht zu einer Besserung der Symptome geführt hätten, wird von der Gesuchsgegnerin nicht behauptet. Damit hat die Gesuchsgegnerin nicht hinreichend glaubhaft gemacht, dass ihr gesundheitlicher bzw. psychischer Zustand eine Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit in einem Vollzeitpensum ausschliesst. Weitere Umstände, aufgrund derer der Gesuchsgegnerin ein 100 %-Pensum nicht zumutbar wäre, wurden nicht vorgebracht.

3.1.5. Vorliegend ist in rechtlicher Hinsicht weiter festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin gemäss eigenen Angaben über einen brasilianischen und amerikanischen Abschluss in Medizin verfügt (Urk. 38 S. 11). Zudem absolvierte sie eine Weiterbil-

derung in ihrem Fachgebiet, der ... Medizin, und leistete weitere wissenschaftliche Arbeiten (Urk. 28 S. 1, S. 5, S. 6, S. 7; Urk. 30/5-9). Zu berücksichtigen ist ferner, dass sie während der Ehe eine Dissertation an der Universität Zürich schrieb (Urk. 1 Rz 38; Urk. 3/13). In Anbetracht ihrer Ausbildung und Qualifikationen erscheint es für die Gesuchsgegnerin als zumutbar, als (Assistenz-) Ärztin zu arbeiten.

3.1.6. Die Vorinstanz hielt weiter fest, die Lebensprägung der Ehe sei unbestritten. Im vorliegenden Fall falle ins Gewicht, dass die Parteien die eheliche Gemeinschaft so organisiert hätten, dass die Gesuchsgegnerin – trotz ihrer guten Ausbildung als Ärztin in Brasilien – nicht berufstätig gewesen sei, während der Gesuchsteller einer Vollzeit-Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Die traditionelle Aufgabenteilung der ehelichen Gemeinschaft sei über Jahre hinweg unverändert weitergelebt worden (Urk. 63 E. V.3.2.5). Soweit die Vorinstanz von einer lebensprägenden Ehe spricht und daraus ableiten sollte, die Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch die Gesuchsgegnerin während der Dauer der Trennung sei zu verneinen, geht dies insofern an der Sache vorbei, als die Frage der Lebensprägung einzig beim nahehelichen Unterhalt gemäss Art. 125 ZGB relevant ist (BGE 148 III 358; Urteil des Bundesgerichts 5A_144/2023 vom 26. Mai 2023 E. 5.2 mit Hinweisen). Die Zumutbarkeit der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit hängt auch beim nahehelichen Unterhalt im Übrigen nicht (mehr) von der Frage der Lebensprägung einer Ehe ab (BGE 147 III 249, insbes. E. 3.4.4; BGE 147 III 308, insbes. E. 5.6). Damit ist vorliegend irrelevant, dass es sich um eine lebensprägende Ehe handelt.

3.1.7. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (Urk. 64 E. V.1.5 mit Hinweisen), ist bei der Festsetzung des ehelichen Unterhalts grundsätzlich von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung der Ehegatten, wie sie die Aufgaben und die Geldmittel unter sich aufgeteilt haben, auszugehen. Kann jedoch wie vorliegend mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr ernsthaft gerechnet werden, ist aufgrund der neuen Lebensverhältnisse zu prüfen, ob und in welchem Umfang vom Ehegatten, der bisher den gemeinsamen Haushalt geführt hat, erwartet werden kann, dass er seine Arbeitskraft anderweitig einsetzt und eine Erwerbstätigkeit aufnimmt oder ausdehnt. Hintergrund ist, dass nach der

Trennung die Besorgung des gemeinsamen Haushalts und damit die entsprechende Unterhaltsleistung an die Gemeinschaft wegfällt und der Ehegatte, der diese bisher erbrachte, insofern frei wird, für seinen eigenen Unterhalt zu sorgen (BGE 147 III 308 E. 5.4). Insbesondere reicht eine Lebensprägung allein nicht aus, um vom Grundsatz abzuweichen, dass die Aufnahme einer Erwerbsarbeit zumutbar und unter dem Titel der Eigenversorgung ein entsprechendes (hypothetisches) Einkommen anzurechnen ist. Hingegen kann in begründeten Einzelfällen ausnahmsweise davon abgewichen werden, beispielsweise bei einem nahe am Pensionsalter stehenden Ehegatten. Eine Unzumutbarkeit – insbesondere zur Aufnahme nicht "standesgemässer" Erwerbsarbeiten – lässt sich auch dort begründen, wo die Ehe aufgrund verschiedener Faktoren das Leben eines Ehegatten in entscheidender Weise geprägt hat, indem er auf die (Weiter-)Verfolgung einer eigenen Karriere verzichtet, sich stattdessen aufgrund eines gemeinsamen Entschlusses dem Haushalt und der Erziehung der Kinder gewidmet und dem anderen Ehegatten während Jahrzehnten den Rücken freigehalten hat, so dass dieser sich ungeteilt dem beruflichen Fortkommen und der damit verbundenen Steigerung seines Einkommens widmen konnte und sich mit diesem ohne Weiteres auch zwei Haushalte finanzieren lassen (BGE 147 III 308 E. 5.6). Vorliegend macht die Gesuchsgegnerin nicht geltend, dass eine stillschweigende oder gar ausdrückliche Vereinbarung bestanden habe, dass sie nicht erwerbstätig sei, sondern sich ausschliesslich um die gemeinsamen Tochter und den Haushalt kümmere, so dass sie darauf hätte vertrauen dürfen, der Gesuchsteller werde in finanzieller Hinsicht weiterhin für sie sorgen. Die Gesuchsgegnerin bestritt denn auch die Ausführungen des Gesuchstellers nicht, dass er jahrelang versucht habe, sie zum Arbeiten zu bewegen (Urk. 38 S. 3). Vielmehr führte sie vor Vorinstanz aus, dass sie arbeiten wolle, sie wolle nicht einfach zuhause sitzen (Urk. 28 S. 5). Sie habe in den letzten Jahren einige Versuche unternommen, eine Stelle zu finden (Urk. 28 S. 6). Dass sie gemäss dem von ihr eingereichten Lebenslauf bereits 2015 ihr Studium an der Universität Zürich aufgenommen (vgl. Urk. 30/6) und sich unbestrittenermassen 2018 und 2020 für die Prüfung für das Staatsexamen angemeldet hat (vgl. Urk. 1 Rz 40; Urk. 37 Rz 39), zeigt denn auch, dass sie nicht davon ausgegangen ist, dass sie auch nach der Volljährigkeit der gemeinsamen Tochter weiterhin nicht erwerbstätig sein wird. Aufgrund

dieser Umstände kann von der Gesuchsgegnerin erwartet werden, dass sie eine Erwerbstätigkeit aufnimmt, auch wenn sie während der Ehe ausschliesslich für die Kinderbetreuung und den Haushalt zuständig war.

3.1.8. Zusammengefasst ist es der Gesuchsgegnerin in Würdigung der gesamten Umstände noch zumutbar, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Weder ihr Gesundheitszustand, ihr Alter noch die Tatsache, dass sie während der Ehe nicht erwerbstätig, sondern Hausfrau war, stehen dem entgegen.

3.2. Möglichkeit der Berufstätigkeit

3.2.1. Weil die Vorinstanz die Frage der Zumutbarkeit der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit verneint hat, hat sie sich zur Frage, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich ist, nicht geäussert. Hierbei handelt es sich um eine Tatfrage, weshalb auch unter Geltung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime auf die Parteivorbringen abzustellen ist und die Parteien auf allfällige Zugeständnisse zu behaften sind. Die Unmöglichkeit einer Tätigkeit bzw. eines bestimmten Einkommens kann eine Partei insbesondere durch den Nachweis ernsthafter vergeblicher Suchbemühungen und die Darlegung der Erfahrungswerte erbringen, welche die fehlende Möglichkeit einer entsprechenden Anstellung aufzeigen (Urteil des Bundesgerichts 5A_467/2020 vom 7. September 2020 E. 4.2).

3.2.2. Mit Bezug auf die tatsächlichen Möglichkeiten einer Berufsausübung ist festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin im vorinstanzlichen Verfahren keinerlei ergebnislose Stellensuche nachwies und sich offenbar auch nicht beim RAV anmeldete. Damit ist seitens der Gesuchsgegnerin nicht glaubhaft gemacht, gar keine Stelle finden zu können. Zudem herrscht – wie vom Gesuchsteller ausgeführt (Urk. 37 Rz 40) und von der Gesuchsgegnerin zu Recht nicht bestritten wurde – im Medizinwesen respektive im Gesundheitswesen ein Fachkräftemangel.

3.2.3. Die Gesuchsgegnerin arbeitete während der Ehe (und seitdem sie in der Schweiz wohnhaft ist) zwar lediglich während drei Monaten als Unterassistentin im Spital in E._____, mit dem Ziel anschliessend ihr Staatsexamen abzulegen (Urk. 1 Rz 42; Urk. 30/6; Urk. 38 S. 10). Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, konnte der Gesuchsteller nicht glaubhaft machen, die Gesuchsgegnerin habe kurzfristig in

H._____ und im Kanton Aargau gearbeitet (Urk. 64 E. V.3.2.5). Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Gesuchsgegnerin das Staatsexamen zweimal knapp nicht bestand und sie für den geplanten dritten Versuch nicht zur Prüfung antrat (Urk. 1 Rz 39 f.). Die Gesuchsgegnerin machte zwar vor Vorinstanz geltend, ihr brasilianischer Abschluss reiche nicht aus, um in der Schweiz als Ärztin zu arbeiten (Urk. 28 S. 5), ohne diese Behauptung zu substantiieren oder gar zu belegen. Der Gesuchsteller machte demgegenüber geltend, dass die Gesuchsgegnerin nicht zwingend das Staatsexamen bestehen müsse, um in der Schweiz als Ärztin praktizieren zu können (Urk. 1 Rz 43; Urk. 63 Rz 26 ff.). Diesbezüglich verwies er darauf, dass ihr im September 2022 eine Stelle als Assistenzärztin beim F._____ angeboten worden sei (Urk. 1 Rz 52; Urk. 63 Rz 21; Urk. 3/20). Die Gesuchsgegnerin bestritt dies vor Vorinstanz nicht (Urk. 28 S. 7) und gab weiter an, eine Anstellung für die Psychiatrie G._____ sei möglich gewesen (Urk. 38 S. 11). Weiter bringt der Gesuchsteller als Novum vor, die Gesuchsgegnerin habe die Registrierung im MedReg in die Wege geleitet, wie sie ihm per E-Mail am 18. August 2023 mitgeteilt habe. Mit der Diplomregistrierung im MedReg seien die bundesrechtlichen Vorgaben für die Aufnahme einer Tätigkeit unter fachlicher Aufsicht grundsätzlich erfüllt (Urk. 63 Rz 27). Das Novum ist gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO ohne weiteres zu berücksichtigen. Die Registrierung wird von der Gesuchsgegnerin nicht bestritten. Entsprechend ist glaubhaft gemacht, dass die Gesuchsgegnerin auch ohne Staatsexamen in der Schweiz als (Assistenz-) Ärztin arbeiten kann. Dazu kommt, dass die Gesuchsgegnerin gemäss eigenen Angaben im Juli [2023] das Staatsexamen ablegen wollte (Urk. 38 S. 9) und somit die Voraussetzungen für die Arbeit als Ärztin in der Schweiz aktuell erfüllen sollte.

3.2.4. Gemäss eigenen Angaben besuchte die Gesuchsgegnerin Deutschkurse (Urk. 28 S. 5; Urk. 30/5). Wie der Gesuchsteller ausführte (Urk. 37 Rz 41), geht aus den eingereichten Unterlagen hervor, dass sie fliessend Deutsch auf Niveau C1 spricht (Urk. 30/5). Damit ist nicht ersichtlich, inwiefern ihre Sprachkenntnisse für eine Anstellung als Ärztin problematisch seien, wie von ihr geltend gemacht wird (Urk. 28 S. 5). Das erforderliche Fachvokabular kann sie sich ohne Weiteres aneignen.

3.2.5. Weitere Gründe, weshalb ihr eine Erwerbstätigkeit als Ärztin nicht möglich sei, wurden von der Gesuchsgegnerin nicht vorgebracht und sind deshalb auch nicht zu prüfen.

3.2.6. Zusammengefasst ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung weder das Alter noch die fehlende Berufserfahrung ein Hindernis für den Wiedereinstieg der Gesuchsgegnerin ins Berufsleben. Sie hat eine Anstellung als (Assistenz-) Ärztin zu finden.

3.3. Höhe des hypothetischen Einkommens und Zeitpunkt der Anrechnung

3.3.1. Bei der Frage, ob ein Einkommen effektiv erzielbar ist, handelt es sich um eine Tatfrage, weshalb die Parteien wie erwähnt auf Zugeständnisse zu behaften sind. Vor Vorinstanz anerkannte die damals anwaltlich vertretene Gesuchsgegnerin ausdrücklich, dass sie als Assistenzärztin bei einem Pensum von 100 % ein Einkommen Fr. 6'884.– erzielen könnte (Urk. 28 S. 7; Urk. 38 S. 12). Darauf ist sie zu behaften. Nicht nachvollziehbar ist, weshalb der Gesuchsteller von einem monatlichen Einkommen von Fr. 6'916.– ausgeht (Urk. 63 Rz 38). Es dürfte sich um ein Versehen bzw. Verschieb handeln, verweist er diesbezüglich doch auf das Eheschutzbegehren, wo er ausführt, es sei bei der Gesuchsgegnerin von einem monatlichen Einkommen von Fr. 6'884.– netto auszugehen (Urk. 1 Rz 51; vgl. auch Urk. 37 Rz 43). Nachdem ihr vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen eine Tätigkeit als Assistenzärztin zumutbar und möglich ist, ist ihr somit ein hypothetisches Einkommen von Fr. 6'884.– anzurechnen.

3.3.2. Hingegen handelt es sich bei der Frage nach der Übergangsfrist um eine Rechtsfrage (Urteil des Bundesgerichts 5A_112/2020 vom 28. März 2022 E. 5.5 mit Hinweisen), weshalb die Dispositionsmaxime nicht zum Tragen kommt. Bei der Frage nach dem Zeitpunkt der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens gilt es zu berücksichtigen, dass dem Betroffenen für die Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit in der Regel eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen ist (BGE 129 III 417 E. 2.2 mit Hinweisen). Entsprechend ist eine rückwirkende Festsetzung eines hypothetischen Einkommens grundsätzlich unzulässig (Urteil des Bundesgerichts 5P.79/2004 vom 10. Juni 2004 E. 4.3), sondern kann nur für

die Zukunft berücksichtigt werden. Die Übergangsfrist kann und soll zudem gerade bei guten finanziellen Verhältnissen durchaus grosszügig ausfallen (BGE 144 III 481 E. 4.6 mit Hinweisen).

3.3.3. In Bezug auf den Zeitpunkt der Anrechnung des hypothetischen Einkommens gilt es vorliegend zu berücksichtigen, dass die Parteien seit nunmehr über zweieinhalb Jahren getrennt leben. Einzubeziehen sind neben der bisherigen Trennungsdauer aber auch die guten finanziellen Verhältnisse der Familie und die bisherige Rollenverteilung. Insbesondere muss die Gesuchsgegnerin nicht eine bisherige Erwerbstätigkeit ausdehnen, sondern eine solche erst aufnehmen. Weiter ist die fehlende Berufserfahrung, das Alter sowie der fragile Gesundheitszustand (vgl. Urk. 38 S. 8 ff.) der Gesuchsgegnerin zu bedenken. Es ist notorisch, dass ältere Personen grössere Schwierigkeiten haben, eine Arbeitsstelle zu finden. Dies rechtfertigt eine längere Übergangsfrist als die üblichen drei bis sechs Monate. Andererseits musste sich die Gesuchsgegnerin bewusst sein, dass sie sich den mit einer Trennung einhergehenden Veränderungen anzupassen und ihre Eigenversorgungskapazität möglichst auszuschöpfen hat. Diesbezüglich führte die anwaltlich vertretene Gesuchsgegnerin vor Vorinstanz sinngemäss aus, die Phase I müsse bis mindestens November 2023 weitergeführt werden, wenn ihr ein hypothetischen Einkommen angerechnet werde und bis dann feststehe, dass sie ihr Examen bestanden habe und sie eine Stelle finde. Die Phase I ende mit dem Studienabschluss und Stellenantritt (Urk. 28 S. 7 mit Verweis auf Urk. 30/14). Die Phase II beginne frühestens Anfang Dezember 2023 (Urk. 28 S. 8). Das Staatsexamen finde im Juli 2023 statt (Urk. 38 S. 9). Mithin setzte sich die Gesuchsgegnerin bereits im erstinstanzlichen Verfahren damit auseinander, dass sie eine Arbeitsstelle suchen und ein Einkommen erzielen muss. In der Zwischenzeit sollte sie das Staatsexamen im Juli 2023 abgelegt und ihr Studium in der Schweiz somit abgeschlossen haben. Gegenteiliges wurde von ihr im Berufungsverfahren nicht vorgebracht. Seither hatte sie fast ein Jahr Zeit, sich eine Arbeitsstelle zu suchen. Zu relativieren ist dies entscheidend insofern, als der erstinstanzliche Entscheid eine Fortdauer der bisherigen Aufgabenteilung propagierte und der Gesuchsgegnerin bislang nicht gerichtlich beschieden wurde, sie habe bereits für die Dauer der Trennung eine Arbeitsstelle zu bekleiden.

3.3.4. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände ist der Gesuchsgegnerin eine Übergangsfrist im vorliegenden Berufungsverfahren von sechs Monaten ab Vollstreckbarkeit des vorliegenden Urteils für die Anrechnung des hypothetischen Einkommens einzuräumen.

3.4. Bedarf

Wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, bildet das familienrechtliche Existenzminimum zuzüglich des Anteils am früheren gemeinsamen Überschuss die Obergrenze des ehelichen Unterhalts. Der von der Vorinstanz ermittelte Überschuss während des Zusammenlebens (Urk. 64 E. IV.2) wird von den Parteien zu Recht nicht beanstandet. Ebenso wenig wird im Berufungsverfahren bestritten, dass der Überschussanteil der Gesuchsgegnerin Fr. 2'033.– betrug (Urk. 64 E. 2.5). Mit der Vorinstanz ist dieser Betrag für die Berechnung eines allfälligen Unterhaltsbeitrags zu berücksichtigen.

Die Bedarfspositionen, welche die Vorinstanz der Gesuchsgegnerin für die Zeit nach der Trennung anrechnete, werden im Berufungsverfahren von keiner Partei beanstandet und diese erweisen sich überdies als angemessen. Entsprechend erübrigen sich weitere Ausführungen dazu und es ist mit der Vorinstanz bei der Gesuchsgegnerin grundsätzlich von einem Bedarf von Fr. 5'177.– auszugehen (Urk. 64 E. 3.3.2). Nachdem der Gesuchsteller im Berufungsverfahren (Urk. 63 Rz 38) wie bereits vor Vorinstanz (Urk. 1 Rz 75 ff.) bei der Gesuchsgegnerin unter Berücksichtigung von zusätzlichen Kosten für den Arbeitsweg und die auswärtige Verpflegung und tieferen Steuern zu Recht einen höheren Bedarf von Fr. 5'269.– anerkennt, ist davon auszugehen. Ebenso wenig werden im Berufungsverfahren die vorinstanzlichen Erwägungen beanstandet, dass der Gesuchsteller leistungsfähig sei und mit seinem Einkommen neben seinem Bedarf das familienrechtliche Existenzminimum der Gesuchsgegnerin inklusive des Überschussanteils decken könne (Urk. 64 E. IV.3.3.1). Mit der Vorinstanz ist deshalb darauf zu verzichten, den konkreten Bedarf des Gesuchstellers nach der Trennung zu ermitteln.

3.5. Berechnung der Unterhaltsbeiträge

Der gebührende Bedarf der Gesuchsgegnerin (familienrechtliches Existenzminimum zuzüglich Überschussanteil) beträgt somit Fr. 7'302.– (Fr. 5'269.– + Fr. 2'033.–). Mit ihrem (hypothetischen) Einkommen von Fr. 6'884.– kann die Gesuchsgegnerin diesen nicht vollumfänglich decken. Es fehlt ihr ein Betrag von Fr. 418.–. Entsprechend ist der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin sechs Monate nach Vollstreckbarkeit dieses Urteils für die weitere Dauer des Getrenntlebens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 418.– zu bezahlen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1. Die Vorinstanz auferlegte die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu zwei Dritteln dem Gesuchsteller und zu einem Drittel der Gesuchsgegnerin. Sie erwog, dass die Gerichtskosten gemäss Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt würden. Strittig seien die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags sowie die Ehegattenunterhaltsbeiträge gewesen. Im Unterhaltspunkt unterliege der Gesuchsteller grossmehrheitlich. Die Gesuchsgegnerin unterliege mit ihrem Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags. Entsprechend rechtfertige es sich, die Gerichtskosten dem Gesuchsteller zu zwei Dritteln und der Gesuchsgegnerin zu einem Drittel aufzuerlegen (Urk. 64 E. VII.2 f.). Zudem verpflichtete die Vorinstanz die Gesuchsgegnerin, dem Gesuchsteller eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen (Urk. 64 E. VII.4).

1.2. Der Gesuchsteller macht geltend, da der Gesuchsgegnerin ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei und sich der von ihm zu bezahlende Unterhalt reduziere – wie er es im vorinstanzlichen Verfahren gefordert habe –, sei er im vorinstanzlichen Verfahren als obsiegend anzusehen, weshalb er weder Gerichtskosten zu tragen, noch der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung auszurichten habe. Er obsiege auch im Berufungsverfahren. Die Kosten seien somit der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen und diese sei zu verpflichten, ihm eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (Urk. 63 Rz 43 f.).

1.3. Wie ausgeführt (oben E. III.3.3.3) wäre der Gesuchsgegnerin vor Vorinstanz bei Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine grosszügige Übergangsfrist für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit anzusetzen gewesen. Entgegen den ursprünglichen Anträgen des Gesuchstellers im Eheschutzbegehren vom 31. Oktober 2022 (Urk. 1 S. 2) wäre der Gesuchsgegnerin nicht bereits ab 1. Oktober 2022 (und damit rückwirkend) ein hypothetisches Einkommen anzurechnen gewesen. Er hielt an diesem Antrag auch anlässlich der Hauptverhandlung vom 30. Dezember 2022 fest (Urk. 37 S. 1). Damit hätte der Gesuchsteller vor Vorinstanz nicht vollumfänglich obsiegt. Der Gesuchsgegnerin wäre das hypothetische Einkommen zu einem deutlich späteren Zeitpunkt als von ihm beantragt anzurechnen gewesen, so dass er in jedem Fall länger als bis zum 30. September 2022 die höheren Unterhaltsbeiträge von Fr. 7'210.– statt Fr. 386.– (bzw. Fr. 418.–) hätte bezahlen müssen. Der vorinstanzliche Kostenentscheid erscheint damit auch unter Berücksichtigung der künftig anzupassenden Unterhaltsbeiträge weiterhin als angemessen und den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend (Art. 106 ff. ZPO). Die Höhe der von der Vorinstanz zugesprochenen reduzierten Parteientschädigung wurde vom Gesuchsteller nicht beanstandet. Das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Urk. 64 Dispositiv-Ziffern 8-10) ist daher zu bestätigen.

2. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren

2.1. Berufungsgegenstand bilden vorliegend die Unterhaltsbeiträge für die Gesuchsgegnerin persönlich und damit vermögensrechtliche Belange, weshalb die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 3, § 5 Abs. 2, § 6 Abs. 2 lit. b sowie § 12 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG festzusetzen ist. Strittig war die Höhe der Unterhaltsbeiträge ab 1. Januar 2024, der Gesuchsteller beantragt im Berufungsverfahren eine Reduktion der vorinstanzlichen Unterhaltsbeiträge von Fr. 7'210.– auf Fr. 418.– (bzw. Fr. 386.–), mithin um Fr. 6'792.– pro Monat. Die Parteien sind bereits seit mehr als zwei Jahren getrennt, weshalb eine Scheidungsklage möglich ist. Wird eine weitere Gültigkeit des Eheschutzes bis zur mutmasslichen Scheidung von rund zwei Jahren bis 1. Juli 2026 zugrundegelegt, resultiert für das Berufungsverfahren ein Streitwert von Fr. 203'760.– (30

Monate à Fr. 6'792.–). Ausgehend von diesem Streitwert ist die Entscheidgebühr auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

2.2. Im Rechtsmittelverfahren gelten dieselben Verteilungsgrundsätze wie vor erster Instanz. Die Prozesskosten sind daher in Anwendung von Art. 106 ZPO zu verteilen. Der Gesuchsteller beantragt mit seiner Berufung eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge ab 1. Januar 2024. Nachdem die Unterhaltsbeiträge erst sechs Monate nach Vollstreckbarkeit des vorliegenden Entscheids im vom Gesuchsteller beantragten Umfang reduziert werden, obsiegt der Gesuchsteller zur Hälfte. Entsprechend sind die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens dem Gesuchsteller und der Gesuchsgegnerin je zur Hälfte aufzuerlegen. Die Kosten sind mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– (Urk. 69 und Urk. 70) zu verrechnen. Die Gesuchsgegnerin ist zu verpflichten, dem Gesuchsteller den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 1'500.– zurückzuerstatten (Art. 111 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO). Entsprechend sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 4-7 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 29. März 2023 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 29. März 2023 wird aufgehoben und wie folgt ersetzt:

"Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin persönliche monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:

- Fr. 7'210.– rückwirkend ab 1. November 2021 bis sechs Monate über die Vollstreckbarkeit des vorliegenden Urteils hinaus

- Fr. 418.– ab sechs Monaten nach Vollstreckbarkeit des vorliegenden Urteils für die weitere Dauer des Getrenntlebens.

Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats."

2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern 8-10) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller und der Gesuchsgegnerin je zur Hälfte auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 1'500.– zu ersetzen.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 16. Juli 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Frangi

versandt am:
st