

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE150032-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr. LE150033

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. J. Freiburghaus

Beschluss vom 21. Januar 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner, Erstberufungsbeklagter und Zweitberufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Hinwil vom 3. Juni 2015 (EE140106-E)**

Rechtsbegehren:

Der Gesuchstellerin (Urk. 1; Urk. 14):

- "1. Es sei den Parteien das Getrenntleben zu bewilligen.
2. Es sei das eheliche Haus an der C._____strasse ... in D._____ dem Beklagten zur alleinigen Benutzung zuzuweisen.
3. Es seien die gemeinsamen Kinder
E._____, geb. tt.mm.2007,
F._____, geb. tt.mm.2009 und
G._____, geb. tt.mm.2011
unter die Obhut der Klägerin zu stellen.
4. Es sei dem Beklagten ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen.
5. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für die Dauer des Getrenntlebens an die Kosten des Unterhaltes und der Erziehung der Kinder E._____, F._____ und G._____ angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, zahlbar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats im voraus, erstmals per 1. Februar 2015.
6. Es sei der Beklagte ferner zu verpflichten, der Klägerin persönlich für die Dauer des Getrenntlebens angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, zahlbar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats im voraus, erstmals per 1. Februar 2015.
7. Es sei die Gütertrennung mit Wirkung ab 5. Mai 2015 anzuordnen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuz. 8 % MwSt zu Lasten des Beklagten.

Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen angemessenen Prozesskostenbeitrag zu bezahlen."

Des Gesuchsgegners (Urk. 16):

- "1. Es sei den Parteien das Getrenntleben zu bewilligen.
2. Es sei das eheliche Haus an der C._____strasse ... in D._____ der Gesuchstellerin zur alleinigen Benutzung zuzuweisen.
3. Es sei der Anbau des ehelichen Hauses an der C._____strasse ... in D._____ dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benutzung zuzuweisen.
4. Eventualiter und für den Fall, dass die eheliche Liegenschaft nicht der Gesuchstellerin zur alleinigen Benutzung zugewiesen wird, sei die eheliche Liegenschaft dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benutzung zuzuweisen.
5. Es seien die gemeinsamen Kinder E._____, geboren tt.mm.2007, F._____, geboren tt.mm.2009, und G._____, geboren tt.mm.2011, unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.

6. Es sei dem Gesuchsgegner zu gewähren, die gemeinsamen Kinder
 - jeweils jeden Montag und Freitag sowie jedes zweite Wochenende Samstag und Sonntag von jeweils 08.00 Uhr bis und mit 20.00 Uhr
 - in geraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen
 - in ungeraden Jahren die Tage über Weihnachten und in geraden Jahren die Tage über Neujahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen

Zudem sei der Gesuchsgegner für berechtigt zu erklären, die gemeinsamen Kinder in den Frühlingsferien für eine Woche, in den Sommerferien für zweieinhalb Wochen, in den Herbstferien für eine Woche sowie in den Sportferien ebenfalls für eine Woche auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.
7. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, an den Unterhalt der gemeinsamen Kinder, Beiträge in der Höhe von je CHF 600.00 pro Kind zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich im Voraus.
8. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens an die Kosten des Unterhalts Beiträge in der Höhe von jeweils CHF 600.00 pro Monat zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich im Voraus.
9. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Bezahlung eines Prozesskostenbeitrags zu Lasten des Gesuchsgegners sei abzuweisen.
10. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 % MwSt. zulasten der Gesuchstellerin."

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht
Hinwil vom 3. Juni 2015 (Urk. 28):**

1. Die Kinder E._____, geb. tt.mm.2007, F._____, geb. tt.mm.2009 und G._____, geb. tt.mm.2011, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
2. Die Vereinbarung der Parteien wird im Übrigen vorgemerkt und genehmigt, sie lautet wie folgt:

"1. Getrenntleben

Die Parteien erklären, ab 1. Februar 2015 getrennt zu leben.

2. Alleinige Obhut
(...)

3. Betreuungsregelung

Der Gesuchsgegner ist berechtigt und verpflichtet, die Kinder auf eigene Kosten wie folgt zu betreuen:

- an jedem zweiten Wochenende von Freitag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr;
- an jedem Mittwoch von 16.00 Uhr bis Donnerstagmorgen um 08.00 Uhr;
- jede zweite Woche, auf welche kein Wochenendbesuchsrecht fällt, Montag oder Freitag über den Mittag;
- jeweils in den geraden Jahren über die Weihnachtsfeiertage vom 24. Dezember, 12.00 Uhr, bis 26. Dezember, 18.00 Uhr und in den ungeraden Jahren am 31. Dezember, 12.00 Uhr, bis am 2. Januar, 18.00 Uhr;
- sowie in geraden Jahren über die ganzen Osterfeiertage, von Gründonnerstag, 18.00 Uhr, bis Ostermontag, 18.00 Uhr, und in ungeraden Jahren über die ganzen Pfingstfeiertage, von Freitag vor dem Pfingstsamstag, 18.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 18.00 Uhr.

In den Sommerferien ist der Gesuchsgegner berechtigt und verpflichtet, die Kinder von Freitagabend des Schulferienbeginns, 18.00 Uhr, bis Mittwoch in der ersten Schulferienwoche, 18.00 Uhr, sowie in der fünften Schulferienwoche von Mittwoch, 08.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Zusätzlich ist der Gesuchsgegner berechtigt und verpflichtet, für die Dauer von 3 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Diese Ferienbetreuung teilt der Gesuchsgegner mindestens drei Monate im Voraus der Gesuchstellerin mit. Können sich die Parteien nicht einigen, so kommt dem Gesuchsgegner das Entscheidungsrecht bezüglich der Ferien zu.

In der übrigen Zeit werden die Kinder durch die Gesuchstellerin betreut.

Weitergehende oder abweichende Betreuungsregelungen nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

4. Familienwohnung, Mobiliar und Hausrat

Die Gesuchstellerin überlässt dem Gesuchsgegner die eheliche Liegenschaft (Adresse: C. _____ strasse ... in ... D. _____) samt Mobiliar und Hausrat zur alleinigen Benützung. Die Gesuchstellerin hat die eheliche Liegenschaft bereits verlassen.

5. Gütertrennung

Die Parteien vereinbaren die Gütertrennung per 5. Mai 2015.

6. (...)"

3. Mit Wirkung ab 5. Mai 2015 wird die Gütertrennung angeordnet.

4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge je Kind von Fr. 1'200.– zuzüglich Kinder- bzw. Familienzulagen zu bezahlen. Diese Beiträge sind je auf den Ersten eines Monats im Voraus zahlbar, erstmals per 1. Februar 2015.

5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sie persönlich monatlich einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'060.– zu bezahlen. Diese Beiträge sind je auf den Ersten eines Monats im Voraus zahlbar, erstmals per 1. Februar 2015.
6. Es wird festgestellt, dass der Gesuchsgegner die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffern 4 und 5 für die Monate Februar 2015 bis Juni 2015 im Umfange von insgesamt Fr. 2'475.– bereits bezahlt hat und er für die Monate Juni 2015 bis Dezember 2015 berechtigt ist, monatlich einen Abzug von Fr. 495.– vorzunehmen (bereits bezahlte Krankenkassenprämien).
7. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages durch den Gesuchsgegner wird abgewiesen.
8. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 5'000.– ; die Barauslagen betragen:
Fr. 487.50 Dolmetscherkosten
9. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
10. Die Parteientschädigungen werden gegenseitig wettgeschlagen.
11. (Mitteilungssatz.)
12. (Rechtsmittelbelehrung.)

Berufungsanträge Erstberufung (LE150032):

Der Gesuchstellerin, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagten (Urk. 27 S. 2):

- "1. Ziff. 5, 9 und 10 des Urteils des Bezirksgerichtes Hinwil vom 3. Juni 2015 (Geschäfts-Nr. EE140106) seien aufzuheben.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von wenigstens Fr. 10'000.– zu bezahlen, zahlbar jeweils auf den ersten eines jeden Monats im voraus, erstmals rückwirkend auf den 1. Februar 2015.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuz. 8% MwSt) zu Lasten des Beklagten."

Des Gesuchsgegners, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägers (Urk. 41):

- "1. Die Berufung der Klägerin und Appellantin vom 17. Juni 2015 sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Die Berufung des Beklagten und Appellaten vom 18. Juni 2015 sei vollumfänglich gutzuheissen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8% MwSt. zu Lasten der Klägerin."

Berufungsanträge Zweitberufung (LE150033):

Des Gesuchsgegners, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägers (Urk. 37/27):

- "1. In Gutheissung der Berufung sei Ziff. 4 des Urteils der Vorinstanz vom 3. Juni 2015 insofern aufzuheben, als der Berufungsführer zur Zahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen je Kind von mehr als CHF 600.00 zzgl. Kinder- bzw. Familienzulagen verpflichtet wird und der Berufungsführer sei zu verpflichten, monatliche Unterhaltsbeiträge je Kind von CHF 600.00 zzgl. Kinder- bzw. Familienzulagen zu bezahlen.
2. In Gutheissung der Berufung sei Ziff. 5 des Urteils der Vorinstanz vom 3. Juni 2015 insofern aufzuheben, als der Berufungsführer zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Berufungsgegnerin verpflichtet wird und der Berufungsführer sei von der Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Berufungsführerin zu befreien; eventualiter sei auf den Antrag der Berufungsführerin zur Zahlung von Unterhaltsleistungen an sie persönlich nicht einzutreten.
3. In Gutheissung der Berufung sei Ziff. 6 des Urteils der Vorinstanz insofern abzuändern, als festzustellen sei, dass der Berufungsführer CHF 17'000.00 an den bisherigen Unterhalt für die Monate Februar 2015 bis Juni 2015 bereits bezahlt hat.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% MWST zu Lasten der Berufungsgegnerin."

Der Gesuchstellerin, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagten (Urk. 39 S. 2):

"Die Berufung des Gesuchsgegners sei abzuweisen;
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuz. 8% MwSt) zu Lasten des Gesuchsgegners."

Erwägungen:

I.

A. Sachverhaltsüberblick / Prozessgeschichte

1. Die Parteien heirateten am tt. Juli 2006 und haben drei gemeinsame Kinder (E.____, geb. tt.mm.2007, F.____, geb. tt.mm.2009, und G.____, geb. tt.mm.2011).
2. Seit dem 29. Dezember 2014 stehen die Parteien vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren (Urk. 1). Sie schlossen anlässlich der Hauptverhandlung vom 5. Mai 2015 eine Teilvereinbarung über die Obhutszuteilung, die Betreuungsregelung, die Zuteilung der ehelichen Wohnung und über den Antrag auf Anordnung der Gütertrennung (Urk. 18). Mit Urteil vom 3. Juni 2015 genehmigte die Vorinstanz diese Teilvereinbarung und fällte über die strittig gebliebenen Nebenfolgen des Getrenntlebens einen Entscheid (Urk. 22 = Urk. 28).
3. Beide Parteien erhoben gegen den vorinstanzlichen Entscheid mit Eingaben vom 17. und 18. Juni 2015 (Urk. 27 und Urk. 37/27) innert Frist Berufung und stellten die eingangs angeführten Anträge. Die Erstberufung der Gesuchstellerin, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagten (nachfolgend Gesuchstellerin) wurde unter der Prozessnummer LE150032 und die Zweitberufung des Gesuchsgegners, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägers (nachfolgend Gesuchsgegner) unter der Prozessnummer LE150033 angelegt. Das Berufungsverfahren LE150033 wurde mit Beschluss vom 3. August 2015 mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt und als dadurch erledigt abgeschrieben. Gleichzeitig wurde den Parteien Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 38). Die jeweiligen Berufungsantworten der Parteien datieren vom 17. August 2015 (Urk. 39 und 41) und enthalten die eingangs wiedergegebenen Anträge. Die Berufungsantworten wurden der jeweiligen Gegenpartei mit Verfügung vom 25. August 2015 zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Urk. 44). Der Gesuchsgegner erklärte mit Eingabe vom 31. August 2015, dass er auf eine freiwillige Stellungnahme verzich-

te (Urk. 45). Am 1. Dezember 2015 (Urk. 47) erfolgte durch den vom Gesuchsgegner neu mandatierten Rechtsvertreter eine weitere Eingabe, mit welcher er neue Behauptungen aufstellte und neue Unterlagen einreichte (Urk. 50/2-11). Mit Eingabe vom 14. Dezember 2015 (Urk. 52) nahm die Gesuchstellerin hierzu in-nerst der ihr mit Verfügung vom 3. Dezember 2015 angesetzten Frist (Urk. 51) Stellung. Diese Eingabe wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 16. De-zember 2015 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 55).

4. Die Dispositiv-Ziff. 1, 2, 3 und 7 blieben unangefochten, weshalb diese in Rechtskraft erwachsen sind, wovon Vormerk zu nehmen ist.

II.

A. Prozessuales

1. Im Streit liegen vorliegend im Wesentlichen die Kinder- und Ehegattenunter-haltsbeiträge sowie die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen.

2. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Es gilt dabei insofern eine Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, als dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinan-derzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; OGer ZH LF140108 vom 24. März 2015 E. 2.1). Diese Ausführungen zur Begründungsob-liegenheit gelten in Bezug auf die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes und können wegen des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) nicht ohne Weiteres auf die Frage der richtigen Rechtsanwendung angewendet werden (vgl. dazu auch ZWR 2014 S. 270, 274; OGer ZH LF140108 vom 24. März 2015 E. 2.2; BSK ZPO-Spühler, Art. 310 N. 2 f; BK ZPO-Sterchi, Art. 310 ZPO N 4). Einer Partei, die falsche oder gar keine Ausführungen zur Rechtsanwendung macht, darf kein Rechtsnachteil erwachsen (Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2012, N. 1358 mit weiteren Hinwei-sen). Die Berufungsinstanz ist weder an die Rechtsauffassung der Parteien noch

an diejenige der unteren Instanz gebunden (OGer ZH LB140004 vom 18. September 2014 E. III/1; BK ZPO-Hurni, Art. 57 ZPO N 21). Die unrichtige Rechtsanwendung gemäss Art. 310 lit. a ZPO umfasst sowohl die Anwendung als auch die Nichtanwendung sämtlicher generell-abstrakten staatlichen Normen, wovon das gesetzte Recht aller Stufen sowie auch das ungeschriebene Recht, insbesondere das Gewohnheitsrecht und das Richterrecht (Art. 1 Abs. 2 ZGB), zu verstehen ist (BK ZPO-Sterchi, Art. 310 ZPO N 6).

Die Berufungsinstanz prüft nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Das Gericht muss den angefochtenen Entscheid indes nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 311 N 36). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz auch nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Im Ergebnis besteht für die Berufungsinstanz eine Prüfungspflicht hinsichtlich der in der Berufungsschrift (rechtsgenügend) geltend gemachten Mängel und ein Prüfungsrecht bezüglich allfälliger anderer Mängel des angefochtenen Entscheids.

3. Gemäss Art. 272 ZPO gilt in eherechtlichen Summarverfahren der Untersuchungsgrundsatz. Dies bedeutet, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Betreffend die Belange der Ehegatten untereinander gilt die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO), d.h. das Gericht ist an die Parteianträge gebunden (Pfänder Baumann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, DIKE-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 272 ZPO N 2 f.). Bei Kinderbelangen und somit auch hinsichtlich des Kindesunterhaltes gelten demgegenüber die Offizial- und die Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Da sowohl die Frage des Einkommens der Parteien wie auch diejenige des Bedarfs die gesamte Unterhaltsbemessung und damit auch die Kin-

derunterhaltsbeiträge betreffen, sind auf diese Fragen vorliegend grundsätzlich die Official- und die Untersuchungsmaxime anzuwenden.

Bei Geltung des unbeschränkten Untersuchungsgrundsatzes hat das Gericht alle seine Möglichkeiten auszuschöpfen, um seinem Urteil einen der materiellen Wahrheit entsprechenden Sachverhalt zugrunde zu legen. Es hat die Pflicht, auch ohne Parteiantrag jede Sachverhaltsabklärung zu treffen, die nötig oder geeignet ist, den massgebenden Sachverhalt zu erstellen (BK ZPO-Hurni, Art. 296 ZPO N 74 m.w.H.). Die Parteien sind ihrer Behauptungs- und Bestreitungslast enthoben (KUKO-ZPO-Oberhammer, Art. 55 ZPO N 16). Zwar besteht auch im Rahmen des unbeschränkten Untersuchungsgrundsatzes die Mitwirkungspflicht gemäss Art. 160 Abs. 1 ZPO. Die Parteien müssen das Gericht über den Sachverhalt orientieren und die verfügbaren Beweismittel nennen (BGE 128 III 411 E. 3.2.1). Die Missachtung dieser Pflichten entbindet das Gericht indessen nicht von der Erforschung des Sachverhalts. Der unbeschränkte Untersuchungsgrundsatz bewirkt sodann eine Durchbrechung des numerus clausus der Beweismittel: Es gilt der sog. Freibeweis. Dies bedeutet, dass das Gericht auch Beweismittel berücksichtigen kann, die nicht in den vorgeschriebenen Formen erhoben worden sind (BK ZPO-Hurni, Art. 296 ZPO N 75 f. m.w.H.).

B. Unterhalt

1. Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner zur Leistung von monatlichen Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 1'200.– je Kind (zuzüglich Kinder- bzw. Familienzulagen) ab 1. Februar 2015 und zu Ehegattenunterhaltsbeiträgen von Fr. 3'060.– pro Monat ab 1. Februar 2015. Die Vorinstanz ging von einem Einkommen des Gesuchsgegners von Fr. 17'620.– (inkl. Kinderzulagen) und von einem Einkommen der Gesuchstellerin von Fr. 0.– aus. Den Bedarf der Gesuchstellerin für sich und die drei Kinder setzte die Vorinstanz auf Fr. 6'954.– und denjenigen des Gesuchsgegners auf Fr. 6'856.– fest. Die Gesuchstellerin beantragt, die Ehegattenunterhaltsbeiträge auf insgesamt mindestens Fr. 10'000.– pro Monat zu erhöhen (Urk. 27 S. 2). Der Gesuchsgegner verlangt, von der Zusprechung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen abzusehen und die Kinderunterhaltsbeiträge auf

monatlich je Fr. 600.– (zzgl. Kinder- bzw. Ausbildungszulagen) zu reduzieren (Urk. 37/27 S. 2).

2. Im vorliegenden Berufungsverfahren ist sowohl das Einkommen als auch der Bedarf beider Parteien umstritten.

3. Einkommen Gesuchsgegner

3.1. Der Gesuchsgegner ist bei der H._____ AG und der I._____ AG je zu einem 50%-Pensum als Chief Financial Officer angestellt (Urk. 17/4+6). Weiter ist er Verwaltungsratspräsident der J._____ AG, der K._____ AG, der L._____ AG, der M._____ AG, der N._____ AG und der I._____ AG. Bei den Gesellschaften O._____ AG, P._____ AG, Q._____ AG, R._____ AG und S._____ AG fungiert er als Verwaltungsratsmitglied (Urk. 15/1). Gemäss Ausführungen des Gesuchsgegners ist er sodann an der H._____ AG, der R._____ AG, der P._____ AG, der Q._____ AG und der J._____ AG als Aktionär beteiligt (Prot. I S. 20 ff.).

3.2. Die Vorinstanz legte der Einkommensberechnung die Nettoeinkommen des Gesuchsgegners der Jahre 2012 (Fr. 184'986.–) und 2013 (Fr. 189'977.–) zu Grunde und rechnete die seit September 2013 erzielten monatlichen Mieteinnahmen von Fr. 2'000.– (Urk. 17/3) hinzu (Urk. 28 S. 15). Die Einkünfte des Jahres 2014 und 2015 liess die Vorinstanz unberücksichtigt. Sie erwog diesbezüglich, dass die Behauptung des Gesuchsgegners, wonach die Gesellschaften Geschäftseinbrüche zu verzeichnen gehabt hätten oder inaktiv seien, durch keinerlei Belege gestützt würden. Es sei folglich nicht einsehbar, dass der Gesuchsgegner weniger verdienen solle. Auch der Lohn für das Jahr 2014 sei nicht belegt. Die mit der H._____ AG und der I._____ neu abgeschlossenen Arbeitsverträge vom 27. November 2014 wiesen ein Fixum von monatlich je Fr. 3'000.– netto aus (Urk. 17/4; act. 17/6). Zusätzlich würden die Arbeitsverträge eine Gewinnbeteiligung von 5% vorsehen. Dazu mache der Gesuchsgegner keinerlei Ausführungen. Es könne daher vorliegend nicht auf die Einkünfte des Gesuchsgegners für das Jahr 2014 und auch nicht auf diejenigen für das Jahr 2015 abgestellt werden. Grundlage für die Bemessung des Einkommens müssten daher die Steuererklärungen

2012 und 2013 sein. Das Einkommen für das Jahr 2011 sei ausser Acht zu lassen, da es besonders gut gewesen sei (Urk. 28 S. 14 f.).

3.3. Der Gesuchsgegner macht geltend, ihm sei lediglich ein Einkommen von monatlich Fr. 9'900.– (Fr. 3'000.– Einkommen aus Anstellung bei der H._____ AG, Fr. 3'000.– Einkommen aus Anstellung bei der I._____ AG, Fr. 1'000.– Honorar und Sitzungsgeld aus Verwaltungsratsmandat bei der J._____ AG, Fr. 2'000.– Mieteinnahmen sowie Fr. 900.– Kinderzulagen) anzurechnen (Urk. 37/27 S. 9). Hinsichtlich der aktuellen Einkommensverhältnisse verkenne die Vorinstanz, dass sämtliche Arbeitsverträge und Lohnabrechnungen (Urk. 17/4-9) im Recht lägen, welche die aktuelle Situation genau darlegten. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei sehr wohl glaubhaft, dass es den Gesellschaften, an welchen der Gesuchsgegner beteiligt sei, schlechter gehe. Dies zeige bereits die Salärenentwicklung des Gesuchsgegners auf, welche sich vor dieser Streitigkeit und damit unabhängig vom Gerichtsprozess rapide verschlechtert habe. Damit sei sehr wohl einsehbar und belegt, dass der Gesuchsgegner heute weniger verdiene. Grundlage für die Einkommensfestsetzung könnten somit nicht die Steuererklärungen 2012 und 2013, sondern nur die effektiven Verhältnisse sein. Damit sei dargelegt, dass das Einkommen des Gesuchsgegners bei Fr. 9'900.– liege (Urk. 37/27 S. 11 ff.).

3.4. Die Gesuchstellerin hält daran fest, dass das Erwerbseinkommen des Gesuchsgegners gestützt auf die Steuererklärungen der Jahre 2011–2013 zu ermitteln sei (Urk. 37/27 S. 4). Der Gesuchsgegner habe es unterlassen, seine Behauptung, wonach sich sein Einkommen vermindert habe, mit sachdienlichen Unterlagen zu belegen. Es sei nicht zutreffend, dass die Einkommensverhältnisse im Jahre 2011 auffällig hoch gewesen seien. Der Gesuchsgegner habe auch in den Vorjahren jeweils ein Jahreseinkommen in der Höhe von Fr. 350'000.– und mehr erzielt. Entsprechend dürfe das im Jahre 2011 erzielte Einkommen nicht ausser acht gelassen werden. Das Durchschnittseinkommen der Jahre 2011–2013 belaufe sich auf Fr. 258'878.– (Fr. 350'171.– [2011], Fr. 209'986.– [2012], Fr. 216'477.– [2013]), wobei bei den Beträgen der Jahre 2012 und 2013 Spesen von Fr. 25'000.– (2012) bzw. Fr. 26'500.– (2013) inbegriffen seien. Hinzuzurechnen seien sodann die Einkünfte aus der Vermietung der Büroräumlichkeiten von

monatlich Fr. 2'000.–, weshalb von einem monatlichen Einkommen von Fr. 23'573.– auszugehen sei (Urk. 37/27 S. 4 ff.).

3.5. Im Eheschutzverfahren ist grundsätzlich von der aktuellen Einkommenssituation auszugehen. Bei unregelmässigem oder erheblich schwankendem Einkommen ist auf den Durchschnittswert einer genügend langen Vergleichsperiode, in der Regel mehrere Jahre, abzustellen. Ausnahmsweise ist auch bei unregelmässigem oder schwankendem Einkommen vom aktuellen Einkommen oder dem Gewinn des letzten Jahres auszugehen, wenn eine eindeutige Tendenz nach oben oder unten feststellbar ist und nicht zu erwarten ist, dass künftig wieder eine Korrektur stattfindet (BGer 5A.684/2011 vom 25. Juni 2012 E. 2.2 m.H.). Es müssen indes konkrete Anhaltspunkte für die dauerhafte Veränderung der Ertragslage vorhanden sein (Jann Six, Eheschutz – Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Rz. 2.136 und 2.141).

Zur Beurteilung der Frage, ob für die Einkommensermittlung vorliegend auf den Durchschnittswert einer genügend langen Zeitperiode abzustellen ist oder ob von einer stetigen und dauerhaften Einkommensreduktion auszugehen und das Einkommen deshalb gestützt auf die aktuelle Einkommenssituation festzusetzen ist, ist das aktuelle Einkommen zu ermitteln.

3.6. Mit Bezug auf das aktuelle Einkommen des Gesuchsgegners aus seiner Tätigkeit als CFO bei der H._____ AG und der I._____ AG ist den Akten zu entnehmen, dass der Gesuchsgegner für sein 50%-Pensum mit einem Fixum von monatlich je Fr. 3'000.– netto entlohnt wird und er zusätzlich eine Gewinnbeteiligung von 5% erhält (Urk. 17/4+6). Hinsichtlich des Arbeitsvertrags zwischen dem Gesuchsgegner und der I._____ AG fällt auf, dass der Gesuchsgegner den Vertrag nicht nur als Arbeitnehmer, sondern – zusammen mit T._____ – auch auf Seiten der Arbeitgeberin unterzeichnet hat. Gemäss den Lohnabrechnungen Januar bis März 2015 wurde dem Gesuchsgegner in den genannten Monaten lediglich das Fixum von Fr. 3'000.– ausbezahlt (Urk. 17/5+7). Obwohl der Gesuchsgegner gemäss eigenen Ausführungen im Besitz der Lohnausweise 2014 ist, hat er diese nicht eingereicht, wobei er für dieses Versäumnis keinen Grund nennen konnte. Auf die Frage der Vorinstanz, wie hoch sein Einkommen im Jahr 2014 gewesen

sei, führte er aus, dass sich das Nettoeinkommen aus seiner Tätigkeit bei der H._____ und der I._____ AG auf je Fr. 60'000.– belaufen habe (Prot. I S. 19).

Betreffend die Einkünfte des Jahres 2014 aus seiner Verwaltungsrats­tätigkeit findet sich in den Akten lediglich eine Abrechnung der J._____ AG (Urk. 17/9), wonach der Gesuchsgegner eine Entschädigung von Fr. 12'000.– brutto (Fr. 5'000.– Verwaltungsrats­honorar und Fr. 7'000.– Sitzungsentschädigung) bzw. Fr. 11'259.– netto erhielt. Demgegenüber erzielte der Gesuchsgegner gemäss Steuererklärung 2013 in jenem Jahr folgende Nettoeinkünfte aus seinen Verwaltungsrats­tätigkeiten: Fr. 5'000.– (J._____ AG), Fr. 7'000.– (S._____ AG), Fr. 25'000.– (K._____ AG) und Fr. 10'000.– (O._____ AG; Urk. 2/3 S. 9).

3.7. Die Vorinstanz gelangte zutreffend zum Ergebnis, dass sich das aktuelle Einkommen des Gesuchsgegners aufgrund seiner Ausführungen und den Belegen nicht ermitteln lässt. So ergibt sich aus den Akten insbesondere nicht, ob und wenn ja, in welcher Höhe der Gesuchsgegner für seine Verwaltungsrats­tätigkeit bei der K._____ AG, der O._____ AG, der L._____ AG, der P._____ AG, der Q._____ AG, der M._____ AG, der N._____ AG, der I._____ AG, der R._____ AG sowie der S._____ AG entschädigt wurde. Weiter bleibt mangels Belegen unklar, wie hoch das Nettoeinkommen des Gesuchsgegners aus seiner Tätigkeit bei der I._____ AG und der H._____ AG im Jahre 2014 war. Aufgrund des im vorliegenden Verfahren geltenden uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes und weil im summarischen Verfahren der Beweis grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen ist (Art. 254 Abs. 1 ZPO), kann nicht ohne Weiteres auf die persönlichen Ausführungen des Gesuchsgegners zur Höhe seines Einkommens im Jahre 2014 abgestellt werden, zumal der Gesuchsgegner selbst ausführte, über die Lohnausweise 2014 zu verfügen. Sodann fehlen Ausführungen oder Belege dazu, ob die I._____ AG und die H._____ AG im Jahre 2015 gewinnbringend tätig waren und wenn ja, wie hoch die jeweilige Gewinnbeteiligung in absoluten Zahlen ausfiel.

3.8. Aufgrund des im vorliegenden Eheschutzverfahren geltenden unbeschränkten Untersuchungsgrundsatzes hätte die Vorinstanz die aktuellen Einkommens­verhältnisse nicht mit der Begründung unberücksichtigt lassen dürfen, dass der Lohn für das Jahr 2014 nicht belegt worden sei und dass der Gesuchsgegner kei-

nerlei Ausführungen zu der Gewinnbeteiligung von 5% gemäss den mit der H._____ AG und der I._____ AG neu abgeschlossenen Arbeitsverträgen gemacht habe (Urk. 28 S. 15). Vielmehr hätte die Vorinstanz den Gesuchsgegner zu den Einkünften aus seiner Verwaltungsrats-tätigkeit umfassend befragen oder erneut entsprechende Unterlagen einverlangen müssen. Gleiches gilt für die Einkommen aus seiner Tätigkeit bei der H._____ AG und der I._____ AG.

3.9. Indem die Vorinstanz die aktuellen Einkommensverhältnisse des Gesuchsgegners nicht abgeklärt hat, hat sie den Sachverhalt unvollständig festgestellt und den Untersuchungsgrundsatz verletzt. Den gleichen Vorwurf trifft die Vorinstanz hinsichtlich der von der Klägerin geltend gemachten Gesundheitskosten. Diesbezüglich hielt die Vorinstanz fest, es sei völlig unklar, wie hoch die von der Krankenkasse nicht übernommenen Krankheitskosten der Gesuchstellerin und der Kinder seien (Urk. 28 S. 7). Auch hier hätte die Vorinstanz in Nachachtung des unbeschränkten Untersuchungsgrundsatzes weitere Abklärungen treffen müssen.

C. Rückweisung

1. Weil sich das Verfahren nicht als spruchreif erweist, stellt sich die Frage der Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz. Eine solche kann erfolgen, wenn die Vorinstanz einen wesentlichen Teil der Klage nicht beurteilt hat oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 lit. c ZPO). Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 318 N 35).

2. Für die Unterhaltsberechnung sind neben den Bedarfen beider Parteien deren Einkommen von Bedeutung. Da es sich bei der Ermittlung des Einkommens des Gesuchsgegners nicht nur um eine geringfügige Ergänzung des Sachverhalts handelt, hat diese Aufgabe nicht die Berufungsinstanz zu übernehmen. Damit ist das Verfahren zur Ergänzung und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). In diesem Rahmen werden die vom Gesuchsgegner mit Eingabe vom 1. Dezember 2015 (Urk. 47 und 50/2-11) neu eingereichten Unterlagen zu berücksichtigen sein. Ausserdem wird die Vorinstanz die seit dem angefochtenen Entscheid geleisteten

Zahlungen zu ermitteln haben, wobei diesbezüglich anzufügen bleibt, dass die Vorinstanz hinsichtlich dieser Frage zu Recht lediglich die urkundlich belegten Zahlungen berücksichtigt hat.

3. Im Hinblick auf die Fortsetzung des Verfahrens rechtfertigen sich folgende Bemerkungen. Hinsichtlich der Position Nebenkosten ist mit dem Gesuchsgegner festzuhalten, dass die jährlichen Nebenkosten praxisgemäss mit 1% des Verkehrswertes zu veranschlagen sind, wohingegen die Vorinstanz auf den Steuerwert abgestellt hat. Insofern erscheint das Vorgehen der Vorinstanz problematisch. Zu berücksichtigen ist vorliegend weiter, dass die Nebenkosten aufgrund der sich in den Akten befindlichen Unterlagen konkret berechenbar sein dürften. Die weiteren vom Gesuchsgegner gerügten Bedarfspositionen erscheinen bei summarischer Betrachtung hingegen eher unbegründet. Dasselbe gilt für die Beanstandung des Gesuchsgegners, wonach die Vorinstanz der Gesuchstellerin zu Unrecht kein hypothetisches Einkommen angerechnet habe.

D. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Zufolge Rückweisung des Verfahrens können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt werden. Es sind daher zwar für das vereinigte Berufungsverfahren Kosten festzusetzen, doch der Entscheid über die Kostenauflage und die Regelung der Entschädigungsfolgen ist dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten. Da das Verfahren nicht abgeschlossen wird, ist die Entscheidgebühr für das vereinigte Berufungsverfahren in Anwendung der § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b, 8 Abs. 1 und 12 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 3 und 7 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 3. Juni 2015 rechtskräftig sind.

2. Die Dispositiv-Ziffern 4, 5, 6, 8, 9 und 10 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 3. Juni 2015 werden aufgehoben und die Sache wird zur Vervollständigung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr des vereinigten Berufungsverfahrens wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vereinigten Berufungsverfahrens wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.

4. Es wird vorgemerkt, dass die Gesuchstellerin und der Gesuchsgegner für die Kosten des vereinigten Berufungsverfahrens einen Kostenvorschuss von je Fr. 3'000.– geleistet haben.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 21. Januar 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am: js