

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE150040-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Beschluss vom 16. Oktober 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Kläger, Widerbeklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____,

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Pfäffikon vom 8. Mai 2015 (EE140055-H)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten am tt. Juni 2000 (Urk. 18). Der Kläger, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Kläger) ist im ...bau tätig und betreibt ein eigenes Geschäft. Die Beklagte, Widerklägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) ist Buchhalterin. Seit dem 10. November 2014 leben die Parteien getrennt. Am 20. November 2014 reichte der Kläger bei der Staatsanwaltschaft See/Oberland Strafanzeige gegen die Beklagte wegen Veruntreuung, eventualiter unrechtmässiger Verwendung von Vermögenswerten, ein (Urk. 27/2).

2. Gleichentags stellte der Kläger bei der Vorinstanz ein Eheschutzgesuch (Urk. 1). Am 3. Februar 2015 fand vor Vorinstanz die Eheschutzverhandlung statt. Es folgten zahlreiche Eingaben der Parteien. Das Urteil der Vorinstanz vom 8. Mai 2015 (versandt am: 23. Juni 2015) lautet wie folgt (Urk. 67 = Urk. 72):

- "1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit 10. November 2014 auf unbestimmte Zeit getrennt leben.
2. Es wird die Gütertrennung ab 19. November 2014 angeordnet.
3. Von der Teilvereinbarung der Parteien vom 8. April 2014 wird Vormerk genommen. Sie lautet wie folgt:

1 Getrenntleben

[...]

2 Gütertrennung

[...]

3 Zuteilung der ehelichen Wohnung

3.1 Die Beklagte hat die eheliche Liegenschaft an ...strasse 4 in C._____ bereits verlassen. Sie wird dem Kläger zur Vermietung oder Eigenbenutzung zugewiesen.

3.2 Der Kläger übernimmt für die Dauer des Getrenntlebens alle in Zusammenhang mit der ehelichen Liegenschaft anfallenden Kosten, wie insbesondere Unterhalts- und Nebenkosten.

4 Hausrat und persönliche Gegenstände

Der Kläger verpflichtet sich, der Beklagten bis spätestens 10. Februar 2015 einen Schlüssel für die eheliche Liegenschaft zu übergeben. Die Beklagte verpflichtet sich, bis spätestens 28. Februar 2015 ihre sämtlichen sich noch in der ehelichen Wohnung befindlichen Gegenstände mitzunehmen. Der Kläger ist berechtigt, ab 1. März 2015 sich dann noch in der ehelichen Wohnung befindliche Gegenstände zu entsorgen.

5 Benützung des Audi S5

Der Audi S5 wird der Beklagten zur Benützung zugewiesen. Die Beklagte übernimmt sämtliche Kosten des Fahrzeugs, wie Unterhalts- und Reparaturkosten und insbesondere Leasingraten.

6 Persönliche Unterhaltsbeiträge

[...]

4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für sich persönlich folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
 - Fr. 723.–, rückwirkend für November 2014,
 - Fr. 4'050.–, rückwirkend für Dezember 2014,
 - Fr. 1'341.–, rückwirkend ab 1. Januar 2015 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens.

Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar im voraus, je auf den Ersten des Monats.

5. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird auf Fr. 7'500.– festgesetzt.
6. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
7. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
8. ... (Mitteilungssatz)
9. ... (Rechtsmittelbelehrung)"

3. Hiergegen erhob die Beklagte mit Eingabe vom 6. Juli 2015 rechtzeitig Berufung (Urk. 71). Sie beantragte, der Kläger sei in Aufhebung von Dispositivziffer 4 des angefochtenen Urteils zu verpflichten, ihr mit Wirkung ab dem 10. November 2014 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 8'000.– abzüglich der von ihr erhaltenen Ersatzleistungen sowie allfälliger künftiger Erwerbseinkommen zu bezahlen. Weiter seien die Kosten für das vorinstanzliche Verfahren in Abänderung von Dispositivziffer 6 des angefochtenen Urteils dem Kläger aufzuerlegen und dieser sei zu verpflichten, ihr in Abänderung von Dispositivziffer 7 des angefochtenen Urteils eine Parteienschädigung von Fr. 15'000.– zu bezahlen (S. 2). Sodann stellte die Beklagte diverse prozessuale Anträge (S. 2 f.). Den von ihr verlangten Kostenvorschuss leistete sie innert Frist (Urk. 76 und 77). Die Berufungsantwort datiert vom 24. August 2014 [recte: 2015] (Urk. 79). Der Kläger beantragte darin die vollumfängliche Abweisung der Berufung sowie der prozessualen Anträge der Beklagten (S. 1). Es folgte am 14. September 2015 eine Noveneingabe der Beklagten (Urk. 83). Am 2. Oktober 2015 wurde auf Antrag der Beklagten hin eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung ausgestellt (Urk. 87 und 90).

4. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositivziffern 1 bis 3 und 5 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. In Bezug auf den Unterhalt blieb der erstinstanzliche Entscheid insofern unangefochten, als der Kläger verpflichtet wurde, der Beklagten Fr. 723.– für November 2014, Fr. 4'050.– für Dezember 2014 und monatlich Fr. 1'341.– ab dem 1. Januar 2015 zu bezahlen. In diesem Umfang ist der Entscheid der Vorinstanz am 7. Juli 2015 in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

II.

1. Umstritten ist, wann im vorinstanzlichen Verfahren die Novenrechtschranke eingetreten ist. Hat das Gericht den Sachverhalt – wie im Eheschutzverfahren (Art. 272 ZPO) – von Amtes wegen abzuklären, so berücksichtigt es neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Die Vorinstanz vermerkte in ihrem Protokoll erstmals am 10. März 2015 eine Urteilsberatung (VI Prot. S. 39). Am 8. Mai 2015 – am Tage der Urteilsfällung – protokollierte sie eine "ergänzende zweite Urteilsberatung" (VI Prot. S. 43). Sie stellt sich nun auf den Standpunkt, dass bereits am 10. März 2015 Präklusion eingetreten sei. Die Beklagte, welche am 13. März 2015 mit einer Noveneingabe an die Vorinstanz gelangte, ist damit nicht einverstanden. Allenfalls sei ihre Eingabe in zweiter Instanz zu berücksichtigen (Urk. 71 S. 4 f.).

2. a) Die ZPO regelt die Urteilsberatung nur rudimentär. Ob diese öffentlich ist, bestimmt das kantonale Recht (Art. 54 Abs. 2 ZPO). Für den Kanton Zürich gilt gemäss § 134 Abs. 1 GOG, dass Urteilsberatungen nicht öffentlich und damit geheim sind. Die Form der Entscheidungsfindung ist insofern geregelt, als das Gericht seine Entscheide nur dann mündlich zu beraten hat, wenn ein Mitglied des Gerichts oder der Gerichtsschreiber es verlangt oder wenn keine Einigkeit besteht. In den übrigen Fällen wird auf dem Zirkularweg entschieden (§ 134 Abs. 2 und 3 GOG). Für die Parteien ist nicht erkennbar, wann der (gerichtsinterne) Vorgang der Urteilsberatung beginnt. Zumindest am Einzelgericht dürfte die eigentliche Urteilsberatung in aller Regel unmittelbar vor der Urteilsfällung, d.h. am gleichen

Tag, stattfinden (in diesem Sinne auch BGer 5A_445/2014 vom 28. August 2014 E. 2.1: "Pour les juridictions fonctionnant avec un juge unique, la délibération correspond en réalité au moment de la prise de décision, activité purement intellectuelle et qui ne s'extériorise d'aucune manière."). Die Redaktion des Urteilsentwurfs (bspw. durch den Gerichtsschreiber) zählt jedenfalls nach hiesiger Auffassung nicht zur Urteilsberatung (vgl. ZR 41 Nr. 12; so auch BK-Killias, Art. 229 ZPO N 29). Dementsprechend lassen hiesige Gerichte bei Geltung der Untersuchungsmaxime Noven regelmässig noch bis zur Urteils*fällung* zu. Das Vorgehen der Vorinstanz stellt in dieser Hinsicht ein Novum dar.

b) Das Bundesgericht äusserte sich nun jedoch dahingehend, dass die Urteilsberatung nach dem Schluss der Hauptverhandlung beginne (BGE 138 III 788 = Pra 102 Nr. 53 E. 4.2). Es scheint davon auszugehen, dass sich das Gericht nach der Hauptverhandlung in die Urteilsberatung begibt, welche dann mehr oder weniger unmittelbar zum Entscheid führt (so auch die Botschaft: "Nach den Schlussvorträgen tritt der Prozess in das sog. Urteilsstadium", BBI 2006 S. 7221 ff., S. 7343). In der Praxis gestaltet sich der Verfahrensablauf jedoch oft weniger schematisch und geradlinig. So wird bereits die Hauptverhandlung in komplexeren Fällen faktisch zu einem Haupt*verfahren* mit mehreren Terminen. Unter Umständen zeigt sich erst nach den Schlussvorträgen, dass die gerichtliche Fragepflicht auszuüben oder ein weiteres Beweismittel abzunehmen ist. Denkbar sind auch Instruktionsverhandlungen nach durchgeführter Hauptverhandlung; sei es zwecks Beweisabnahme, sei es zwecks Herbeiführung einer Einigung (vgl. Art. 226 ZPO). Das Bundesgericht hielt im erwähnten Entscheid denn auch fest, dass das Gericht nach Eintritt in die Phase der Urteilsberatung das Beweisabnahmeverfahren wieder eröffnen könne (E. 5). Bei Geltung der Untersuchungsmaxime hat dies zwingend zur Folge, dass sich die Novenrechtsschranke wieder öffnet. Diese bestimmt sich somit in Abhängigkeit der gerichtlichen Verfahrens- und Prozessleitung. Will man die Urteilsberatung tatsächlich – und entgegen dem eigentlichen Wortsinn – als Verfahrensabschnitt betrachten, der sich über einen gewissen Zeitraum hinziehen kann, so ist zumindest zu verlangen, dass das Gericht zuhanden des Protokolls festhält, wann es das Hauptverfahren für abgeschlossen hält und sich in die Urteilsberatung begibt (in diesem Sinne auch BSK-

Willisegger, Art. 229 ZPO N 9). Die Problematik muss hier allerdings nicht abschliessend erörtert werden, da sich das Vorgehen der Vorinstanz von vornherein als unzulässig erweist. Dazu ist die erstinstanzliche Prozessgeschichte etwas genauer zu betrachten.

3. a) Anlässlich der erstinstanzlichen Eheschutzverhandlung vom 3. Februar 2015 konnte nur eine Teileinigung erzielt werden. Strittig blieb insbesondere der Unterhalt. Tags darauf gelangte die Beklagte mit einer schriftlichen Eingabe an die Vorinstanz und verlangte die Edition des Geschäftsabschlusses 2014 durch den Kläger (Urk. 32). Am 19. Februar 2015 ging bei der Vorinstanz eine Noveneingabe der Beklagten ein, womit diese u.a. die Einholung eines Berichts bei ihrer Krankentaggeldversicherung verlangte (Urk. 34). Mit Verfügung vom 20. Februar 2015 setzte der Gerichtspräsident der Vorinstanz (wohl in Vertretung der mit dem Fall betrauten Bezirksrichterin) dem Kläger Frist an, um zum Editionsantrag Stellung zu nehmen (Urk. 37). Fünf Tage später setzte die Vizepräsidentin der Vorinstanz (wohl wiederum in Vertretung der mit dem Fall betrauten Bezirksrichterin) dem Kläger Frist an, um zu den Noven in der Eingabe vom 18. Februar 2015 sowie zum Antrag auf Einholung eines Berichts Stellung zu nehmen (Urk. 38). Am 10. März 2015 ging bei der Vorinstanz eine Eingabe des Klägers ein, worin dieser sich zum Editionsantrag äusserte (Urk. 40). Gleichentags vermerkte der Gerichtsschreiber der Vorinstanz im Protokoll eine Urteilsberatung. Wer – ausser ihm – daran teilgenommen haben soll, ist nicht ersichtlich (vgl. VI Prot. S. 39). Am 12. März 2015 gewährte der Gerichtspräsident der Vorinstanz dem Kläger eine Fristerstreckung hinsichtlich der Verfügung der Vizepräsidentin vom 25. Februar 2015. Am 13. März 2015 gelangte die Beklagte mit einer weiteren Noveneingabe und neuen Unterlagen an die Vorinstanz (Urk. 45). Mit Verfügung vom 23. März 2015 setzte der Gerichtspräsident der Vorinstanz dem Kläger Frist an, um zu den Noven in der Eingabe vom 13. März 2015 Stellung zu nehmen (Urk. 37). Mit Eingabe vom 26. März 2015 nahm der Kläger zur ersten Noveneingabe der Beklagten Stellung und reichte neue Unterlagen ein (Urk. 49). Am 7. April 2015 gewährte der Gerichtspräsident der Vorinstanz dem Kläger eine erste und am 21. April 2015 eine zweite Fristerstreckung hinsichtlich seiner Verfügung vom 23. März 2015 (Urk. 53 und 57). Mit Eingabe vom 5. Mai 2015 nahm der Kläger zur zweiten

Noveneingabe der Beklagten Stellung (Urk. 59). Das Doppel der Eingabe wurde der Beklagten am 6. Mai 2015 zur Kenntnisnahme zugestellt. Zwei Tage später fand eine "ergänzende zweite Urteilsberatung" statt (VI Prot. S. 43). Gleichentags fällte die mit dem Fall betraute Bezirksrichterin (unter Mitwirkung des Gerichtsschreibers) das angefochtene Urteil (Urk. 67). Versandt wurde dieses erst sechseinhalb Wochen später, am 23. Juni 2015 (Urk. 68/1-2). Zwischenzeitlich gingen bei der Vorinstanz weitere Eingaben der Beklagten ein (Urk. 61 und 64).

b) Bei ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigte die Vorinstanz die Noveneingabe der Beklagten vom 13. März 2015 nicht; dies mit der Begründung, dass bereits am 10. März 2015 die erste Urteilsberatung stattgefunden habe (Urk. 72 E. III/4.2). Die vom Kläger mit Eingabe vom 26. März 2015 eingereichten Unterlagen liess die Vorinstanz hingegen zu. Diese – so die Vorinstanz – seien zwar nach der Urteilsberatung eingegangen, seien aber die Reaktion auf die rechtzeitig eingegangene und zulässige Noveneingabe der Beklagten vom 18. Februar 2015. Solle das rechtliche Gehör des Klägers gewahrt bleiben und er die Möglichkeit zur vollen, wirksamen Stellungnahme auf Eingaben der Gegenseite haben, müssten Unterlagen, die zwar nach Beginn der Urteilsberatung, aber als Stellungnahme auf eine rechtzeitige Eingabe der Gegenpartei erfolgt seien, zugelassen werden. Deswegen sei am 8. Mai 2015 eine ergänzende zweite Urteilsberatung durchgeführt worden (Urk. 72 E. III/3.2).

4. a) Das Vorgehen der Vorinstanz ist unhaltbar und stellt eine Gehörsverletzung dar. Zunächst kann die Novenrechtsschranke nur gegenüber beiden Parteien gleichzeitig eintreten, ansonsten eine unzulässige Ungleichbehandlung der Parteien vorläge. Während laufender Frist zur Novenstellungnahme durfte die Vorinstanz sodann von vornherein nicht mit der Urteilsberatung beginnen. Mit der Fristansetzung hatte sie gegenüber den Parteien zu erkennen gegeben, dass das Hauptverfahren noch nicht abgeschlossen war. Die Noveneingabe der Beklagten vom 13. März 2015 wäre daher zwingend zu berücksichtigen gewesen.

b) Eine weitere Gehörsverletzung wäre im Umstand zu sehen, dass die letzte Eingabe des Klägers der Beklagten erst zwei Tage vor Urteilsfällung zugestellt wurde und dieser damit frühestens am Tag vor der Urteilsfällung zuzuging (ein Zu-

stellnachweis liegt nicht vor). Damit wurde das Replikrecht der Beklagten beschnitten (vgl. dazu BGE 139 I 189 E. 3.2 und 138 I 484 E. 2.4), was diese aber nicht beanstandete.

5. a) Inhaltlich gesehen steht das Einkommen des Klägers im Mittelpunkt. Dieser war Inhaber der Einzelunternehmung "... B._____", welche er gemäss Handelsregister zwischenzeitlich in die "B._____. ... GmbH" einbrachte. Der Kläger behauptete anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung vom 3. Februar 2015, sein Einkommen bewege sich bei rund Fr. 6'000.– bis Fr. 7'000.– pro Monat. 2010 habe er ein Jahreseinkommen von Fr. 87'693.– erzielt, 2011 ein solches von Fr. 53'669.– und 2012 ein solches von Fr. 83'871.–, was aus den Steuererklärungen hervorgehe. Für das Erstellen des Geschäftsabschlusses 2013 sei eine unabhängige Treuhänderin beauftragt worden. Nach deren mündlicher Aussage bewege sich der Reingewinn des Jahres 2013 im Bereich der Vorjahre. Die Treuhänderin habe gemeint, dass in rund vier Wochen mit dem Geschäftsabschluss 2013 zu rechnen sei (Urk. 26 S. 16).

b) Die Beklagte reichte bereits vor der erstinstanzlichen Verhandlung eigene Geschäftsabschlüsse zu den Akten, welche von den (auch von ihr unterzeichneten) Steuererklärungen erheblich abweichen (Urk. 14/2-3 und 24/1-3). Demgemäss soll der Kläger 2009 einen Gewinn von Fr. 320'039.–, 2010 einen solchen von Fr. 322'130.–, 2011 einen solchen von Fr. 262'528.–, 2012 einen solchen von Fr. 302'608.– und 2013 einen solchen von Fr. 325'128.– erzielt haben. Das durchschnittliche Monatseinkommen habe Fr. 25'541.– betragen (Urk. 28 S. 4). Zudem machte sie geltend, dass der Kläger regelmässig Schwarzgelder annehme. Sie reichte eine Liste mit angeblichen Schwarzgeldzahlungen zu den Akten (Urk. 29/13). Dabei handle es sich nur um diejenigen Zahlungen, welche der Kläger ihr gegenüber bekannt gegeben habe (VI Prot. S. 7 f.).

c) Die Vorinstanz stellte zunächst auf die Angaben des Klägers ab und errechnete über die Dreijahresperiode 2010 bis 2012 hinweg ein durchschnittliches Monatseinkommen von Fr. 4'942.– (Urk. 72 E. V/C.3-4). Die von der Beklagten eingereichten Datensätze seien einseitig von dieser erstellt worden. Sie würden weder die Unterschrift des Klägers tragen, noch seien sie den Steuerbehörden

eingereicht worden. Ihr Beweiswert sei damit nicht vergleichbar mit dem der offiziellen Steuererklärung und den entsprechenden Beilagen, deren Fälschung gravierende steuer- und strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen könne. Sodann seien die von der Beklagten eingereichten Datensätze eigens im Hinblick auf den anstehende Eheschutzprozess erstellt worden, weshalb ihre Aussagekraft als niedrig zu bewerten sei. Es handle sich vielmehr um eigentliche Parteibehauptungen, die ohne zusätzliche Bekräftigungen durch weitere Hinweise die offiziellen Einkommenszahlen noch nicht zu erschüttern vermöchten (E. V/C.5.2). Auf die angeblichen Schwarzgeldzahlungen ging die Vorinstanz gar nicht erst ein. Schliesslich nahm sie dann aufgrund weiterer Überlegungen ein Einkommen des Klägers aus selbständiger Erwerbstätigkeit von mindestens Fr. 8'000.– netto pro Monat an (E. V/C.6-9). Trotz des Zusatzes "mindestens" ging die Vorinstanz in der Folge aber nicht von einer unbeschränkten Leistungsfähigkeit des Klägers aus, sondern führte eine zweistufige Unterhaltsberechnung auf Basis des "Mindesterwerbseinkommens" des Klägers zuzüglich Immobilienerträgen durch.

d) Mit ihrer von der Vorinstanz zu Unrecht nicht berücksichtigten Noveneingabe vom 13. März 2015 machte die Beklagte geltend, am 10. März 2015 sei bei ihrem Rechtsvertreter die Steuererklärung 2013 der Parteien samt Beilagen eingegangen. Diese sei ihrem Rechtsvertreter vom Kläger persönlich zugesandt worden. Die Steuererklärung und den dazugehörigen Briefumschlag reichte sie zu den Akten (Urk. 47/8-9). Der Kläger gebe als Haupterwerb nun ein Einkommen von Fr. 271'175.– an. Der angegebene Gewinn stimme zwar immer noch nicht mit dem von ihr eingereichten Geschäftsabschluss 2013 überein. Immerhin gebe der Kläger damit aber zu, dass er nicht nur über ein Einkommen von monatlich Fr. 6'000.– bis Fr. 7'000.– verfüge, sondern über ca. Fr. 22'600.– (Urk. 45 S. 4).

e) Der Kläger meinte darauf vor Vorinstanz lapidar, es sei falsch, dass er 2013 ein Einkommen von Fr. 271'175.– erzielt habe. Diese "Berechnung" stamme von der Beklagten kurz nach der Trennung (Urk. 59 S. 2). Im Berufungsverfahren behauptete der Kläger dann erneut, die Steuererklärung und die Jahresrechnung 2013 seien von der Beklagten verfasst worden. Er bestreite mit Nachdruck, dass er im Jahr 2013 ein Nettoeinkommen von Fr. 271'175 gehab habe; dieses Netto-

einkommen sei ihm von der Beklagten "angedichtet" worden (Urk. 79 S. 4). Wie hoch sein Einkommen stattdessen gewesen sein soll, führte der Kläger nirgends aus. Auch erklärte er nicht, weshalb er eine angeblich falsche und von der Beklagten erstellte Steuererklärung an deren Rechtsvertreter sandte bzw. was sich sonst im fraglichen Couvert befunden haben soll. Noch anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung hatte der Kläger ausgeführt, dass für das Erstellen des Geschäftsabschlusses 2013 eine unabhängige Treuhänderin beauftragt worden sei und diese gemeint habe, dass in rund vier Wochen damit zu rechnen sei (Urk. 26 S. 16). Die von der Beklagten eingereichte Steuererklärung 2013 wurde denn auch (anders als in den Vorjahren) mit einem professionellen Steuerklärungsprogramm für Treuhänder (D. _____ Steuern Treuhand V 14.0.5) erstellt (vgl. Urk. 47/8).

6. Die vorliegende Steuererklärung 2013 und der darin enthaltene Geschäftsabschluss (Urk. 47/8) lassen die Vorbringen der Parteien zum Einkommen des Klägers in einem ganz anderen Licht erscheinen und sie werfen Fragen auf, insbesondere auch bezüglich der Richtigkeit der früheren Jahresabschlüsse. Interessant ist beispielsweise, dass sich das Verhältnis von Warenaufwand zu Ertrag in den Vorjahren stets zwischen 55.6% (2011, Urk. 27/9.1) und 63.8% (2010, Urk. 27/8.1) bewegte und 2013 – bei ungefähr gleichbleibendem Umsatz – nur noch bei 33.9% lag, was letztlich zu einem rund vier Mal höheren Gewinn führte.

b) Die Vorinstanz setzte sich mit alledem nicht auseinander, weil sie die Steuererklärung 2013 zu Unrecht nicht als Beweismittel zulassen wollte. Der Sachverhalt ist somit in einem wesentlichen Teil zu vervollständigen. Als Folge des möglicherweise massiv höheren Einkommens des Klägers stellen sich unter Umständen auch Fragen zur Wahl der Berechnungsmethode (die Vorinstanz rechnete zweistufig). Es ist daher zur Wahrung der Zweistufigkeit des Entscheidungsprozesses angezeigt, den Prozess zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die erste Instanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO).

7. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass Gerichte von sich aus den Steuerbehörden Mitteilung zu machen haben, wenn nach Wahrnehmungen in ihrer amtlichen Tätigkeit die Wahrscheinlichkeit einer unvollständigen Versteuerung besteht (§ 121 Abs. 1 StG). Zudem sind strafbare Handlungen, die bei Ausübung der Amtspflichten wahrgenommen werden, grundsätzlich anzuzeigen (§ 167 GOG). Wie bereits erwähnt, bestehen gewisse Zweifel an der Richtigkeit der Geschäftsabschlüsse des Klägers. Zudem steht der Vorwurf im Raum, der Kläger habe jahrelang Schwarzgelder entgegengenommen. Dieser wirft wiederum der Beklagten vor, sie führe ein Konto bei der Migrosbank, von welchem er nichts gewusst habe und welches die Beklagte gegenüber den Steuerbehörden nicht deklariert habe (Urk. 79 S. 12). Weiter fällt auf, dass sich die Beklagte offenbar für Buchhaltungsarbeiten ihrer Mutter, E._____, entschädigen liess, nur um diese Zahlungen an Letztere weiterzuleiten (so zumindest ihre eigene Darstellung, vgl. Urk. 28 S. 3, Urk. 29/3-5, VI Prot. S. 26 ff.). Einen plausiblen Grund für dieses Vorgehen konnte die Beklagte auf Nachfrage nicht nennen (vgl. VI Prot. S. 33 f.). E._____ ist pensioniert und erhält nur eine minimale AHV-Rente (VI Prot. S. 27). Der Gedanke liegt nicht fern, dass allenfalls missbräuchlich Ergänzungsleistungen bezogen wurden, auch wenn dafür konkrete Anhaltspunkte fehlen. Für die Kammer besteht aufgrund der derzeitigen Aktenlage – welche sie nur insoweit sichtete, als dies für den vorliegenden Rückweisungsentscheid erforderlich war – weder ein hinreichender Tatverdacht bezüglich allfälliger strafbarer Handlungen noch die genügende Wahrscheinlichkeit einer unvollständigen Versteuerung. Sollten sich entsprechende Hinweise aber verdichten, wird die Vorinstanz nicht um eine Anzeige umhin kommen.

III.

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b und 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Es rechtfertigt sich, die Verteilung und Liquidation der Prozesskosten des Berufungsverfahrens dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten; die Vorinstanz wird zusammen mit den vor ihr aufgelaufenen

Prozesskosten nach Massgabe des (endgültigen) Verfahrensausgangs darüber zu entscheiden haben (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Es ist vorzumerken, dass die Beklagte einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– geleistet hat.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1 bis 3 und 5 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 8. Mai 2015 am 7. Juli 2015 in Rechtskraft erwachsen sind.

Weiter wird vorgemerkt, dass Dispositivziffer 4 des genannten Urteils am 7. Juli 2015 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als der Kläger verpflichtet wurde, der Beklagten monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 723.– für November 2014, Fr. 4'050.– für Dezember 2014 und Fr. 1'341.– ab dem 1. Januar 2015 für die weitere Dauer des Getrenntlebens zu bezahlen.

2. Im Übrigen wird das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 8. Mai 2015 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Verteilung und Liquidation der Prozesskosten des Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.

Es wird vorgemerkt, dass die Beklagte einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– geleistet hat.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen 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 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. Oktober 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
kt