

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE160009-O/U.doc

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

## Beschluss vom 14. Juni 2016

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1. \_\_\_\_\_

substituiert durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 26. Januar 2016 (EE150012-A)**

**Rechtsbegehren:**

Es wird auf die Seiten 2 ff. des Urteils der Vorinstanz vom 26. Januar 2016 verwiesen (Urk. 55).

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am  
Bezirksgericht Affoltern vom 26. Januar 2016 (Urk. 55 S. 42 ff.):**

1. Den Parteien wird das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit bewilligt.
2. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit 1. Juni 2015 getrennt leben.
3. Die Obhut für den Sohn
  - C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm 1999,wird für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zugeteilt.
4. Die Vereinbarung der Parteien vom 25. August 2015 wird in Bezug auf die weiteren Kinderbelange genehmigt und im Übrigen wird von der Vereinbarung Vormerk genommen. Sie lautet wie folgt:
  - "1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit 1. Juni 2015 getrennt leben.
  2. Es sei die Obhut über den gemeinsamen Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm 1999, der Gesuchstellerin zuzuteilen.
  3. Auf die ausdrückliche Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Gesuchsgegner und C.\_\_\_\_\_ sei in Anbetracht des Alters des Sohnes zu verzichten.
  4. Es sei vom Rückzug des Gesuchs um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Schulbesuch des Sohnes C.\_\_\_\_\_ in der D.\_\_\_\_\_ -Schule in ...) Vormerk zu nehmen und festzustellen, dass C.\_\_\_\_\_ fortan die öffentliche Schule in ... besuche.
  5. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, bis zum Ergehen einer definitiven Vereinbarung zu diesem Punkt, respektive einem entsprechenden gerichtlichen Entscheid, der Gesuchstellerin für sich und den Sohn C.\_\_\_\_\_ weiterhin monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 3'000.– zu bezahlen.
  6. Es sei die eheliche Liegenschaft an der ...strasse... in E.\_\_\_\_\_ dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benutzung zuzuweisen.
  7. Es sei mit Wirkung ab 17. April 2015 die Gütertrennung anzuordnen.

8. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Gesuchsgegner anerkennt, der Gesuchstellerin den ihr von Frau F.\_\_\_\_\_ geschenkten Waschtrockner auf erstes Verlangen herauszugeben."
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
  - für die Zeit vom 1. Juni 2015 bis 31. August 2015 einen monatlichen Betrag von insgesamt Fr. 7'933.- (Fr. 1'800.- für den Sohn C.\_\_\_\_\_, zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Familienzulagen sowie Fr. 6'133.- für die Gesuchstellerin persönlich), zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. Juni 2015.
  - für die Zeit ab 1. September 2015 bis zum 30. April 2016 einen monatlichen Betrag von insgesamt Fr. 7'766.- (Fr. 1'800.- für den Sohn C.\_\_\_\_\_, zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Familienzulagen und Fr. 5'966.- für die Gesuchstellerin persönlich) zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten jeden Monats, erstmals ab 1. September 2015.
  - für die Zeit ab 1. Mai 2016 einen monatlichen Betrag von insgesamt Fr. 7'299.- (Fr. 1'800.- für den Sohn C.\_\_\_\_\_, zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Familienzulagen und Fr. 5'499.- für die Gesuchstellerin persönlich) zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten jeden Monats, erstmals ab 1. Mai 2016.

Bereits geleistete Unterhaltszahlungen können in Verrechnung gebracht werden.

6. Es wird mit Wirkung per 17. April 2015 die Gütertrennung angeordnet.
7. Von der Gegenstandslosigkeit des Antrags der Gesuchstellerin auf Zusprechung einer Umzugskostenentschädigung von Fr. 10'000.- durch den Gesuchsgegner wird Vormerk genommen.
8. Der Antrag der Gesuchstellerin um Leistung eines Prozesskostenbeitrags wird abgewiesen.
9. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.- (Pauschalgebühr inkl. Massnahmenverfahren) festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
10. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

11. [Mitteilungssatz]

12. [Rechtsmittelbelehrung]

### **Berufungsanträge:**

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 54 S. 2):

"1. Ziffer 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Affoltern vom 26. Januar 2016 sei aufzuheben und die Sache gestützt auf Artikel 318 Absatz 1 lit. c ZPO zur Neuurteilung der Unterhaltspflicht des Beklagten an die Vorinstanz zurückzuweisen;

2. **Eventuell:** Ziffer 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Affoltern vom 26. Januar 2016 sei aufzuheben und der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für sie und den Sohn C.\_\_\_\_\_ ab 1. Juni 2015 einen Unterhaltsbeitrag von insgesamt **CHF 2'100.00** (davon CHF 1'500.00 für C.\_\_\_\_\_) und ab 1. Mai 2016 einen Unterhaltsbeitrag von **CHF 1'850.00** (davon CHF 1'500.00 für C.\_\_\_\_\_), zuzüglich Ausbildungszulagen, zu bezahlen;

3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer von 8%, zulasten der Klägerin."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 62 S. 2):

"Die Berufung des Berufungsklägers vom 3. März 2016 sei vollumfänglich abzuweisen und es sei das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 26. Januar 2016 zu bestätigen unter Kosten und Entschädigungsfolge zu Lasten des Berufungsklägers."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Die Parteien haben am tt. September 1987 geheiratet. Der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) ist Facharzt für Allgemeinmedizin. Er betreibt eine Hausarztpraxis in E.\_\_\_\_\_. Die Gesuchstellerin und Beru-

fungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) hat jahrelang in der Praxis mitgeholfen, wobei der genaue Umfang sowie die Art der Arbeitstätigkeit umstritten sind. Aus der Ehe der Parteien gingen fünf Kinder hervor: G.\_\_\_\_\_, geboren 1988, H.\_\_\_\_\_, geboren 1990, I.\_\_\_\_\_, geboren 1991, J.\_\_\_\_\_, geboren 1995, sowie der noch nicht volljährige C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1999. J.\_\_\_\_\_ ist geistig behindert. Seit dem 1. Juni 2015 leben die Parteien getrennt. Die Söhne C.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ leben bei der Gesuchstellerin. Bereits mit Eingabe vom 16. April 2015 hatte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren angehoben (Urk.1). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 55 S. 5 f.). Am 26. Januar 2016 fällte die Vorinstanz das vorangehend angeführte Urteil. Unter anderem bewilligte sie den Parteien das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit (Urk. 55 S. 42, Dispositivziffer 1), teilte für die Dauer des Getrenntlebens die Obhut für C.\_\_\_\_\_ der Gesuchstellerin zu (Dispositivziffer 3) und regelte die vom Gesuchsgegner ab dem 1. Juni 2015 an die Gesuchstellerin und C.\_\_\_\_\_ zu zahlenden Unterhaltsbeiträge (Dispositivziffer 5).

2. Der Gesuchsgegner hat gegen das Urteil der Vorinstanz fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 49; Urk. 54). Mit Verfügung vom 8. März 2016 wurde das Gesuch des Gesuchsgegners um Erteilung der aufschiebenden Wirkung seiner Berufung abgewiesen (Urk. 59 S. 2, Dispositivziffer 1). Die Berufungsantwort datiert vom 15. April 2016 (Urk. 62). Sie wurde der Gegenpartei mit Verfügung vom 17. Mai 2016 zur Kenntnis gebracht (Urk. 63).

3. Der Gesuchsgegner hat fristgerecht einen Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– geleistet (Urk. 59; Urk. 60).

4. Die Berufungsinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Begründung der Berufungsanträge noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Ihre Kognitionsbefugnis ist in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend. Aufgrund der allgemeinen Begründungspflicht der Berufung (Art. 311 ZPO) prüft das Berufungsgericht grundsätzlich nur die ihm vorgetragenen Beanstandungen. Es ist nicht verpflichtet, den erstinstanzlichen Entscheid von sich aus auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese

von keiner Partei gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht offensichtlich verletzt worden und die Fehlerhaftigkeit trete klar zu Tage (Hohl, Procédure civile, Tome II, 2010, N 2265 und N 2405 ff.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 311 N 36; Gehri, OFK-ZPO, ZPO 310 N 3: "im Rahmen der vorgetragenen Berufungsgründe").

5. Mit der vorliegenden Berufung nicht angefochten werden die Dispositivziffern 1 bis 4 und 6 bis 8. Die Rechtskraft der nicht angefochtenen Dispositivziffern ist vorzumerken. Sie trat ein, sobald die Berufungsfrist für sämtliche zum Rechtsmittel legitimierten Parteien abgelaufen war, damit am 5. März 2016 (vgl. zum Zeitpunkt BK-Sterchi, Band II, Art. 315 N 4; Urk. 51).

6. Auf die Ausführungen der Parteien wird nachfolgend nur soweit notwendig eingegangen.

## II.

1. Umstritten bleiben die vom Gesuchsgegner an die Gesuchstellerin und den Sohn C.\_\_\_\_\_ zu zahlenden Unterhaltsbeiträge (Urk. 55 S. 43, Dispositivziffer 5). Der Gesuchsgegner beantragt diesbezüglich im Hauptstandpunkt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neu Beurteilung (Urk. 54 S. 2, Rechtsbegehren Ziffer 1). Er macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend (Urk. 54 S. 4). Weiter beruft er sich auf eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 272 ZPO und rügt, er sei weder zur Zusammenarbeit der Parteien in der Arztpraxis in E.\_\_\_\_\_ (Urk. 54 S. 5) noch "zu seiner Gesundheit" befragt worden (Urk. 54 S. 6). Der Sachverhalt sei bezüglich der Frage seiner Arbeitsfähigkeit zu vervollständigen (Urk. 54 S. 4 und S. 21).

2.1. Am 25. August 2015 fand vor Vorinstanz die Hauptverhandlung statt (Prot. VI. S. 10 ff.). Anlässlich dieser Verhandlung schlossen die Parteien eine

Teilvereinbarung (Urk. 30; Urk. 31). Umstritten blieben der Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin und von C.\_\_\_\_\_. Am 16. November 2015 unterbreitete die Vorinstanz den Parteien eine weitere Teilvereinbarung; diese sollte die Unterhaltsbeiträge regeln (Urk. 33 bis 35). Der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin sandte den von der Gesuchstellerin unterzeichneten Vergleichsvorschlag am 20. November 2015 an den Rechtsvertreter des Gesuchsgegners (Urk. 40). Der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners teilte dem Gericht mit Schreiben vom 14. Dezember 2015 mit, dass sein Klient dem Vorschlag des Gerichts betreffend die Ziffern 1 bis 4 der Teilvereinbarung (Regelung der Unterhaltsbeiträge) nicht zustimmen könne (Urk. 36). Am 16. Dezember 2015 gab der Gesuchsgegner am Schalter des Bezirksgerichts Affoltern eine von ihm persönlich verfasste Eingabe datierend vom 15./16. Dezember 2015 ab. In der Eingabe äusserte sich der Gesuchsgegner unter anderem zu seinem Arbeitspensum sowie seinem Gesundheitszustand (Urk. 38). Mit Verfügung vom 5. Januar 2016 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um eine aktuelle IV-Rentenverfügung des Sohnes J.\_\_\_\_\_ sowie dessen Lohnausweise ab Oktober 2015 einzureichen. Weiter wurde sie aufgefordert, allfällige eigene Lohnausweise sowie Arbeitsverträge seit August 2015 respektive eine Erklärung, dass und weshalb keine solchen vorhanden seien, einzureichen (Urk. 42 S. 5, Dispositivziffer 1). Mit Eingabe vom 21. Januar 2016 kam die Gesuchstellerin den Aufforderungen nach (Urk. 45; Urk. 46/1-5). Am 26. Januar 2016 hat die Vorinstanz das angefochtene Urteil gefällt (Urk. 55).

2.2. Der Gesuchsgegner rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da ihm die von der Gesuchstellerin am 21. Januar 2016 neu eingereichten Unterlagen nicht zur Stellungnahme zugesandt worden seien (Urk. 54 S. 4).

2.3. Nach Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Aus dieser verfassungsmässigen Garantie folgt unter anderem das Recht einer Partei, sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu den Stellungnahmen und Vernehmlassungen der anderen Verfahrensparteien, unteren Instanzen und weiteren Stellen zu äussern. Dieses Äusserungsrecht steht einer Prozesspartei unabhängig davon zu, ob die eingereichte Eingabe neue und/oder wesentliche Vorbringen enthält und ob sie im Einzelfall geeignet ist, den

richterlichen Entscheid zu beeinflussen. Es ist Sache der Parteien und nicht des Gerichts zu beurteilen, ob eine neue Eingabe oder ein neues Beweismittel Bemerkungen erfordert. Damit die Partei ihr Replikrecht auch tatsächlich wahrnehmen kann, muss ihr die fragliche Eingabe vor Erlass des Urteils zugestellt werden. Nur so kann sie sich darüber schlüssig werden, ob sie sich dazu äussern will. In diesem Sinne ist der Prozesspartei die konkrete Möglichkeit zu einer effektiven Replik einzuräumen (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.1 und BGer 5D\_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.1 f., je mit Hinweisen).

2.4. Die Eingabe der Gesuchstellerin vom 21. Januar 2016 (samt Beilagen) wurde dem Gesuchsgegner vor Fällung des angefochtenen Entscheids nicht zur Kenntnis gebracht. Es liegt eine Gehörsverletzung vor. Unter Berücksichtigung der vorangehend zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung spielt dabei keine Rolle, ob sich "die Vorbringen der Gesuchstellerin", wie von der Vorinstanz erwogen, "mit dem bisher Vorgetragenen decken" oder nicht (Urk. 55 S. 22). Nicht von Relevanz ist sodann, ob sich die "angeforderten und eingereichten Unterlagen auf die Stärkung des Prozessstandpunktes" des Gesuchsgegners bezogen, wie dies die Gesuchstellerin einwendet (Urk. 62 S. 5). Es oblag denn, entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin, auch nicht dem Rechtsvertreter des Gesuchsgegners, sich beim Gericht zu erkundigen, ob eine Eingabe eingetroffen sei oder nicht (Urk. 62 S. 5). Vielmehr hätte das Gericht dem Gesuchsgegner die Eingabe samt Beilagen von sich aus zukommen lassen müssen. Der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners hatte in seiner Klageantwort anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. August 2015 noch ausdrücklich auf das Replikrecht hingewiesen (Urk. 27 S. 21). Der Vorwurf eines rechtsmissbräuchlichen Handelns des Gesuchsgegners, weil er sich auf die Gehörsverletzung beruft, geht fehl (vgl. Urk. 62 S. 5).

2.5. Offenbleiben kann aufgrund der nachfolgenden Erwägung (vgl. nachfolgend Ziffern 4 f.), ob eine Heilung der Gehörsverletzung im Berufungsverfahren angezeigt wäre.

3.1. Die Vorinstanz erwog bei der Festsetzung der dem Gesuchsgegner anrechenbaren Einkünfte, dieser mache in seiner eigenen Eingabe nach durchgeführter Hauptverhandlung geltend, seine Gesundheit lasse ein Arbeitspensum im

bisherigen Umfang nicht mehr zu. Er sei unter anderem nach einem Zusammenbruch in das Sanatorium Kilchberg eingeliefert worden (mit Verweis auf Urk. 38 S. 1 und Urk. 39/2 S. 1). Der Gesuchsgegner unterlasse es jedoch, so die Vorinstanz weiter, ärztliche Zeugnisse oder Bestätigungen für den Aufenthalt im Sanatorium Kilchberg und die allfälligen Auswirkungen seiner psychischen Verfassung auf seine Arbeitsfähigkeit einzureichen; dies, obwohl es ihm ein Leichtes gewesen wäre, entsprechende Urkunden erhältlich zu machen. Es sei daher nicht genügend dargetan respektive belegt, dass es dem Gesuchsgegner nicht mehr möglich sein sollte, sein bisheriges Arbeitspensum weiter zu erbringen. Zudem sei es durchaus denkbar, dass der Gesuchsgegner im Falle einer Arbeitsverhinderung durch Krankheit über eine Erwerbsausfallversicherung verfüge, welche die Einkommenseinbusse zumindest grösstenteils auffangen würde. Auch dazu seien keinerlei Vorbringen getätigt oder Belege eingereicht worden. Die Behauptungen des Gesuchsgegners könnten daher bei der Berechnung des Einkommens nicht berücksichtigt werden (Urk. 55 S. 19 f.).

3.2. Der Gesuchsgegner macht geltend, er habe dem Gericht am 16. Dezember 2015 mit einer eigenen Eingabe mitgeteilt, dass er schwer krank sei und habe hospitalisiert werden müssen. Die Vorinstanz werfe ihm vor, keine ärztlichen Zeugnisse zur Belegung seiner Erkrankung eingereicht zu haben. Indessen habe die Vorinstanz die Gesuchstellerin mit Verfügung vom 5. Januar 2016 eingeladen, weitere Unterlagen zu ihren und den Einkommensverhältnissen des Sohnes J.\_\_\_\_\_ einzureichen. Dass ihm keine Gelegenheit gegeben worden sei bzw. dass er keine Einladung dazu erhalten habe, Unterlagen zu seiner Erkrankung und zu der aus dieser Erkrankung resultierenden Erwerbseinbusse einzureichen, stelle eine rechtsungleiche Behandlung der Parteien dar und verletze den Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 272 ZPO (Urk. 54 S. 4 und S. 7).

3.3.1. Der Gesuchsgegner hatte vor Vorinstanz in seiner Klageantwort geltend gemacht, der Sohn J.\_\_\_\_\_ sei inzwischen 20-jährig. Er sei geistig behindert. J.\_\_\_\_\_ erhalte eine Rente von der Invalidenversicherung im Betrag von aktuell Fr. 1'005.55. Zusätzlich erhalte er von der Stiftung K.\_\_\_\_\_ für seine Arbeits-tätigkeit als Automobilpraktiker ein monatliches Salär von Fr. 150.– (Urk. 27 S. 7).

Als Beweis wurde der Auszug aus dem Jugendsparkonto von J.\_\_\_\_\_ vom 30. Juni 2015 offeriert (Urk. 29/2). In der gegenwärtigen angespannten finanziellen Situation der Parteien, so der Gesuchsgegner weiter, müsse J.\_\_\_\_\_ einen Anteil an seine Lebenskosten bezahlen. Solange J.\_\_\_\_\_ bei der Gesuchstellerin wohne, habe sich diese einen Wohnkostenbeitrag von Fr. 500.– pro Monat aus dem Renten- und Erwerbseinkommen von J.\_\_\_\_\_ als Einkommen anrechnen zu lassen (Urk. 27 S. 7 f., 13 und 18; Prot. Vi S. 12). Die Gesuchstellerin erwiderte hierzu, J.\_\_\_\_\_ erhalte derzeit keine IV-Rente. Die Rente sei in Abklärung (Prot. Vi S. 15). J.\_\_\_\_\_ habe kein Einkommen, welches die Anrechnung eines Wohnkostenbeitrages erlauben würde (Prot. Vi S. 17). Der Gesuchsgegner hielt in der Folge an der Berücksichtigung eines Wohnkostenbeitrages von J.\_\_\_\_\_ als Einkommen der Gesuchstellerin fest. J.\_\_\_\_\_ erhalte ab seinem 20. Geburtstag am 23. September 2015 eine volle IV-Rente. Er erhalte eine Rente von Fr. 1'800.– sowie einen Lohn von Fr. 800.–, damit total Fr. 2'600.– pro Monat (Prot. Vi S. 19).

3.3.2. Die Beweislast für die geltend gemachte Anrechnung eines Wohnkostenbeitrages von J.\_\_\_\_\_ richtet sich trotz der vorliegend zur Anwendung gelangenden Untersuchungsgrundsätze (Art. 296 Abs. 3 ZPO betreffend die Kinderbelange und Art. 272 ZPO betreffend den Ehegattenunterhalt) nach Art. 8 ZGB (Sutter-Somm/von Arx, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 55 N 14 ff.). Es ist der Gesuchsgegner, welcher die Anrechnung eines Beitrages bei den Einkünften der Gesuchstellerin verlangt. Ihn trifft die Beweislast für die betreffend die Höhe der Einkünfte von J.\_\_\_\_\_ aufgestellten Behauptungen. Er hat die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit in diesem Punkt zu tragen. Wie die Gesuchstellerin zu Recht anführt, diene die Einforderung einer aktuellen IV-Rentenverfügung sowie der Lohnausweise von J.\_\_\_\_\_ ab Oktober 2015 (Urk. 42 S. 5, Dispositivziffer 1) somit der Erforschung einer vom Gesuchsgegner betreffend die Eigenversorgungskapazität der Gesuchstellerin aufgestellten Behauptung (Urk. 62 S. 3). Die Vorinstanz forderte bei der Gesuchstellerin Beweismittel ein, welche der Gesuchsgegner für seine Beweisführung benötigte, welche sich jedoch nicht in seinem Machtbereich befanden. Die eingeforderten Urkunden sollten die vom Gesuchsgegner aufgestellte Behauptung, dass J.\_\_\_\_\_ seit Ende September 2015 ein Einkommen von total Fr. 2'600.– erzielt, belegen.

3.4. Die Gesuchstellerin hatte in der Klagebegründung ihre eigene Leistungsfähigkeit betreffend geltend gemacht, sie sei nicht mehr erwerbstätig. Im Weiteren stellte sie sich auf den Standpunkt, die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit sei ihr nicht zumutbar (Urk. 24 S. 8). Dem hielt der Gesuchsgegner in der Klageantwort entgegen, der Gesuchstellerin sei spätestens ab dem 1. September 2015 ein Einkommen inklusive 13. Monatslohn von netto Fr. 5'000.– pro Monat anzurechnen. Der Gesuchsgegner machte in diesem Zusammenhang sodann geltend, die Gesuchstellerin habe ihm mitgeteilt, sie arbeite ab August 2015 im Zentrum "L. \_\_\_\_\_", wo sie mit einer 40 %-Anstellung Fr. 2'000.– netto verdiene. Er, der Gesuchsgegner, wisse nicht, ob die Gesuchstellerin diese Stelle erhalten und angetreten habe (Urk. 27 S. 12). Die Beweislast für die Höhe eines (allfällig auch hypothetischen) Einkommens der Gesuchstellerin obliegt dem Gesuchsgegner. Auch die Aufforderung der Vorinstanz an die Gesuchstellerin, allfällige eigene Lohnausweise sowie Arbeitsverträge seit August 2015 respektive eine Erklärung, dass und weshalb keine solchen vorhanden seien, einzureichen (Urk. 42 S. 5, Dispositivziffer 1), diene somit der Erforschung einer vom Gesuchsgegner betreffend die Eigenversorgungskapazität der Gesuchstellerin aufgestellten Behauptung. Die Vorinstanz forderte bei der Gesuchstellerin Beweismittel ein, welche der Beweisführung des Gesuchsgegners dienten und ihm nicht zur Hand waren, da sie sich nicht in seinem Machtbereich befanden.

3.5. Die Anordnungen in der Verfügung vom 5. Januar 2016 hatten somit den Zweck, bei der Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner nicht zugängliche Beweismittel einzufordern. Die Beweismittel zur Belegung der vom Gesuchsgegner in seiner Eingabe vom 15./16. Dezember 2015 geltend gemachten Erkrankung und Arbeitsunfähigkeit befanden sich hingegen in dessen Machtbereich. Der Gesuchsgegner hätte die ärztlichen Zeugnisse von sich aus beibringen können. Auf eine gerichtliche Einforderung derselben bei der Gesuchstellerin oder Dritten war er nicht angewiesen. Mithin kann aus der Tatsache allein, dass die Vorinstanz den Gesuchsgegner nicht aufgefordert hat, ärztliche Zeugnisse zur Belegung seiner Erkrankung und Arbeitsunfähigkeit einzureichen, keine Ungleichbehandlung der Parteien abgeleitet werden. Die Vorinstanz hat durch ihr Vorgehen Art. 272 ZPO nicht verletzt.

4.1. Die Vorinstanz berechnete den der Gesuchstellerin und dem Sohn C.\_\_\_\_\_ zustehenden Unterhaltsanspruch nach der zweistufigen Methode (Urk. 55 S. 15 E. 5.2.1 und S. 36 ff. E. 5.7). Sie ging von einem monatlichen Nettoeinkommen des Gesuchsgegners von Fr. 13'059.– aus (Urk. 55 S. 20). Der Gesuchstellerin rechnete sie ab dem 1. Mai 2016 ein (hypothetisches) monatliches Nettoeinkommen von Fr. 1'700.– (Urk. 55 S. 23) sowie ab dem 1. September 2015 einen Wohnkostenbeitrag von J.\_\_\_\_\_ von Fr. 500.– an (Urk. 55 S. 26). Für eine Phase I vom 1. Juni 2015 bis zum 31. August 2015 und eine Phase II vom 1. September 2015 bis zum 30. April 2016 bemass die Vorinstanz den Bedarf der Gesuchstellerin und von C.\_\_\_\_\_ auf Fr. 6'184.– und den Bedarf des Gesuchsgegners auf Fr. 4'252.– (Urk. 55 S. 27 und S. 36 f.). Ab dem 1. Mai 2016 ging sie bei der Gesuchstellerin und C.\_\_\_\_\_ von einem Bedarf von Fr. 6'484.– und beim Gesuchsgegner weiterhin von Fr. 4'252.– aus (Urk. 55 S. 32). Unter Aufteilung des jeweils resultierenden Freibetrages mit zwei Dritteln zugunsten der Gesuchstellerin und C.\_\_\_\_\_ sowie einem Drittel zugunsten des Gesuchsgegners ergab sich ein Gesamtunterhaltsanspruch von Fr. 7'933.– vom 1. Juni 2015 bis zum 31. Juli 2015, von Fr. 7'766.– vom 1. September 2015 bis zum 30. April 2016 und von Fr. 7'299.– ab dem 1. Mai 2016 für die weitere Dauer des Getrenntlebens. Von diesen Beträgen wurden jeweils Fr. 1'800.– C.\_\_\_\_\_ zugesprochen, so dass für die Gesuchstellerin Unterhaltsbeiträge von Fr. 6'133.–, Fr. 5'966.– und Fr. 5'499.– resultierten (Urk. 55 S. 36 ff.).

Zur Eruiierung des Einkommens des Gesuchsgegners von total Fr. 13'059.– stellte die Vorinstanz auf die in den Steuererklärungen deklarierten und sich aus den Jahresrechnungen ergebenden Einkommen respektive Jahresgewinne der Jahre 2012 bis 2014 ab: Fr. 105'854.– für das Jahr 2012, Fr. 106'481.– für das Jahr 2013 und Fr. 140'220.– für das Jahr 2014. Es ergab sich ein durchschnittliches Einkommen von Fr. 117'518.– pro Jahr bzw. Fr. 9'793.– pro Monat (Urk. 55 S. 16 f.). Den Wertschriftenertrag setzte die Vorinstanz auf Fr. 599.– pro Monat fest (Urk. 55 S. 7). Weiter rechnete sie dem Gesuchsgegner die aufgrund des Ausscheidens der Gesuchstellerin aus dem Betrieb eingesparten Lohnkosten von monatlich Fr. 2'667.– pro Monat als Einkommen an (Urk. 55 S. 18 f.).

4.2. Gemäss dem Gesuchsgegner mag das von der Vorinstanz als Schnitt dreier Jahre errechnete monatliche Einkommen von netto Fr. 9'793.– rechnerisch zutreffen. Es könne aber für die vorliegende Einkommensbemessung nicht massgebend sein. Wer offensichtlich sein früheres Einkommen im Alter von 59 Jahren aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr erzielen könne, müsse sich nicht bei diesem früheren Einkommen behaften lassen (Urk. 54 S. 9). Er, der Gesuchsgegner, habe bereits im vorinstanzlichen Verfahren darauf hingewiesen, dass er im Alter von 59 Jahren sein bisheriges Arbeitspensum von jedenfalls über 80 Stunden pro Woche ohne Unterstützung seiner Ehefrau nicht erbringen könne. Zu seiner Gesundheit sei er nicht befragt worden. Die Vorinstanz habe sich mit dem Hinweis zu seiner angeschlagenen Gesundheit nicht auseinandergesetzt, sondern seine medizinische Behandlung als "Beratung" abqualifiziert (Urk. 54 S. 6 und S. 9). Sodann macht der Gesuchsgegner geltend, die Parteien hätten die Arztpraxis jahrelang gemeinsam geführt, indem er die Patienten betreut und die Gesuchstellerin ihn vielseitig unterstützt habe. Die Gesuchstellerin habe als "Mädchen für alles" gearbeitet; sie habe von Blutentnahmen an Patienten bis hin zu Putz- und Wascharbeiten, Kurierdiensten, Einkauf von Praxismaterial etc. alles erledigt. Dafür habe sie einen Lohn erhalten. Im Jahre 2014, im letzten vollständigen Jahr des Zusammenwirkens der Parteien, habe der Lohn Fr. 2'500.– brutto im Monat betragen. Zu ihrem Zusammenwirken in der Arztpraxis in E. \_\_\_\_\_ seien die Parteien nicht befragt worden, obwohl er seine persönliche Befragung als Beweismittel offeriert habe (Urk. 54 S. 5).

4.3. Das Eheschutzverfahren ist – von klaren und unbestrittenen Verhältnissen abgesehen – mündlich und die Parteien haben persönlich zu erscheinen (Art. 273 Abs. 1 und 2 ZPO). In aller Regel kann auf die direkte Befragung der Parteien zur Klärung des Sachverhalts und zur Anordnung der verschiedenen Massnahmen nicht verzichtet werden (Sutter-Somm/Vontobel, in Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 273 N 6 m.w.H.; Schwander, OFK-ZPO, ZPO 273 N 10; BK ZPO-Spycher, Art. 273 N 4 ff.; *OGer ZH LE130028 vom 26.11.2013, E. 3.4*; *OGer ZH LY140031 vom 19.12.2014, E. 5 b*). Durch den daraus resultierenden direkten Kontakt des Gerichts mit den Parteien kann, auch im Hinblick auf die vorgeschriebenen Untersuchungsmaximen (Art. 296 Abs. 1 ZPO und Art. 272 ZPO), die

Aufklärungs- und Fragepflicht durch das Gericht optimal ausgeübt werden. So weiss die Partei regelmässig mehr, als sich aus den Vorträgen der Anwälte ergibt. Auch bietet der direkte Kontakt den Vorteil, einen persönlichen Eindruck der Parteien zu erhalten, und dient der Prozessbeschleunigung, was dem Charakter des summarischen Verfahrens entspricht (Sutter-Somm/Vontobel, a.a.O., Art. 273 N 5). Das persönliche Anhörungsrecht ergibt sich zudem aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 53 ZPO; Sutter-Somm/Vontobel, a.a.O., Art. 273 N 8). Es ist somit grundsätzlich von einem Obligatorium der Parteibefragung im strittigen Eheschutzverfahren auszugehen (*OGer ZH LY140031 vom 19.12.2014, E. 5 c*). Sodann ist im summarischen Verfahren der Beweis zwar grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Andere Beweismittel sind gemäss Art. 254 Abs. 2 ZPO jedoch zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern (lit. a), es der Verfahrenszweck erfordert (lit. b) oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (lit. c). Im Eheschutzverfahren stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 272 ZPO) bzw. erforscht ihn in Kinderbelangen (Art. 296 Abs. 1 ZPO), weshalb die Beweismittelbeschränkung nicht gilt. Die Beweisführung erfolgt denn im Eheschutzverfahren insbesondere auch über die mündlichen Parteiverhöre (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 273 N 9). Die Befragung der Parteien hat daher grundsätzlich den formellen Anforderungen von Art. 191 ZPO zu genügen.

4.4. Die Vorinstanz hat die Parteien nie befragt (vgl. das vorinstanzliche Protokoll). Dies, obwohl der Sachverhalt umstritten war, Kinderbelange zu regeln waren (insbesondere die Kinderunterhaltsbeiträge) und der Gesuchsgegner seine "persönliche Befragung" mehrfach offeriert hat (vgl. Urk. 27 S. 6 ff.). Die Befragung der Parteien wäre nun aber - wie vorangehend dargelegt - im strittig geführten Eheschutzverfahren zwingend notwendig (obligatorisch) gewesen. Durch die Nichtbefragung der Parteien hat die Vorinstanz somit das Recht unrichtig angewendet und den Sachverhalt in wesentlichen Teilen unvollständig festgestellt. Sodann hat der Gesuchsgegner bereits vor Vorinstanz zu entscheiderelevanten umstrittenen Tatsachen wie seinem damaligen und dem zukünftig zu erwartenden Gesundheitszustand (Urk. 27 S. 8 f. und S. 16), dem vormaligen Zusammenwirken der Parteien im Praxisbetrieb (Urk. 24 S. 6; Prot. Vi S. 12 f.) und diversen von

ihm geltend gemachten Bedarfspositionen (vgl. Urk. 27 S. 14 ff.) seine Befragung als Beweismittel offeriert. Die Vorinstanz hat diese Beweise nicht abgenommen. Sie erwog nicht, weshalb im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung auf die Abnahme der Beweise hätte verzichtet werden können. Damit hat die Vorinstanz das Recht des Gesuchsgegners auf Beweis verletzt (Art. 29 Abs. 2 BV). Es sei an dieser Stelle erwähnt, dass auch die Gesuchstellerin zu keinem der von ihr beantragten Punkte persönlich befragt worden ist, obwohl sie ihre Befragung explizit als Beweismittel anerbaten hat (vgl. beispielsweise Urk. 24 S. 4 f., S. 8 und 11). Die Vorinstanz hat auch in diesem Zusammenhang das Recht unrichtig angewendet und den Sachverhalt in wesentlichen Teilen unvollständig festgestellt.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz durch mehrfache unrichtige Rechtsanwendung den Sachverhalt unvollständig festgestellt hat (Art. 310 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 m.w.H.). Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als vor Vorinstanz überhaupt keine Befragung der Parteien zu den umstrittenen Punkten stattgefunden hat und die Berufungsinstanz daher durch eine nachträgliche Befragung im Berufungsverfahren faktisch die Aufgabe der Vorinstanz wahrnehmen würde. Hinzu kommt, dass im Falle einer umfassenden Befragung durch die Berufungsinstanz diese als erste Instanz über wichtige Tatfragen entscheiden und die Parteien im Ergebnis eine Instanz verlieren würden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich eine Rückweisung des Entscheids an die Vorinstanz zwecks Vervollständigung des Sachverhalts im Sinne der Erwägungen und neuem Entscheid (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). In diesem Rahmen wird dem Gesuchsgegner Gelegenheit zu geben sein, sich zu den von der Gesuchstellerin am 21. Januar 2016 neu eingereichten Unterlagen zu äussern. Die Gesuchstellerin hat, wie sie geltend macht, Anspruch auf die Beurteilung ihres Gesuchs innerhalb einer angemessenen Frist (vgl. Urk. 62 S. 6 und S. 29, mit Hinweis auf Art. 29 Abs. 1 BV). Hingegen geht das verfassungsmässige Recht des Gesuchsgegners auf rechtliches Gehör, woraus sich das Recht auf Beweisführung ableitet (Art. 29 Abs. 2 BV), diesem Anspruch vor. Antragsgemäss ist daher das Urteil der Vorinstanz aufzuheben und

zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### III.

Zufolge der Rückweisung des Verfahrens können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt werden. Es sind für das Berufungsverfahren Kosten festzusetzen. Der Entscheid über die Kostenaufgabe und die Regelung der Entschädigungsfolgen ist jedoch dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung der §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b und 12 GebV OG auf Fr. 4'000.– festzusetzen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1 bis 4 und 6 bis 8 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 26. Januar 2016 am 5. März 2016 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Die Dispositivziffern 5, 9 und 10 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 26. Januar 2016 werden aufgehoben und die Sache wird zur Vervollständigung des Sachverhalts im Sinne der Erwägungen sowie zu neuer Entscheidungsfindung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
4. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Sohn C.\_\_\_\_\_ (mit separatem Schreiben) sowie an das Bezirksgericht Affoltern, 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 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, 14. Juni 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:  
mc