

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE190018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

Beschluss vom 29. November 2019

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 22. Februar 2019 (EE170357-L)**

Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

(Urk. 1 S. 2 f. i.V.m. Urk. 33 S. 2)

1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Gesuchsteller versuchten, mittels Mediation ihre Differenzen zu klären und dieser Versuch am 20. September 2016 scheiterte. Entsprechend ist der Trennungszeitpunkt auf den 20. September 2016 festzusetzen.
2. Es sei der Gesuchstellerin das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit zu bewilligen.
3. [...]
4. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin persönlich, gestützt auf die Belege aus dem Antrag 3 nach Abschluss des Beweisverfahrens, einen angemessenen monatlich im Voraus je auf den Ersten eines jeden Monats zahlbaren Unterhaltsbeitrag, in gerichtlich zu bestimmender Höhe, mindestens aber CHF 13'192.67 pro Monat, rückwirkend ab 25. Oktober 2016 zu leisten.
5. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin CHF 10'452.00 akonto Güterrecht zu bezahlen.
6. Eventualiter sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin ihren BMW X5 xDrive 35 (Stammnummer: ... ; Fahrgestellnummer: ...) mit sämtlichen Schlüsseln und relevanten Unterlagen (Fahrzeugpapiere, MFK Dokumente, Inspektionsheft der Werkstatt, Bestätigung der Werkstatt des letzten Checks mit allfälliger Mängelliste) zu übergeben.
7. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin CHF 78'761.00 akonto Güterrecht zu bezahlen.
8. Eventualiter sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin die in Beilage 63 aufgelisteten Möbel und Gegenstände herauszugeben.
9. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten des Gesuchsgegners.

Prozessualer Antrag:

(Urk. 1 S. 4 i.V.m. Urk. 52)

1. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenbeitrag in der Höhe von einstweilen CHF 40'000.00 zu bezahlen.
2. Eventualiter sei der Gesuchstellerin die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person von Rechtsanwältin M.A. HSG in

Law and Economics Z. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu gewähren.

Rechtsbegehren des Gesuchsgegners:

(Urk. 19 S. 2)

- "1. Es sei den Parteien das Getrenntleben zu bewilligen und davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit dem 15. April 2016 getrennt leben;
2. Auf das Gesuch sei im Übrigen nicht einzutreten, eventualiter sei es im Übrigen abzuweisen;
3. Subeventualiter sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin ab Rechtshängigkeit des Eheschutzbegehrens einen nach Auskunftserteilung durch die Gesuchstellerin noch zu bestimmenden ehelichen Unterhalt zu bezahlen;
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Gesuchstellerin."

**Verfügung und Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung,
vom 22. Februar 2019:**

(Urk. 98)

(Verfügung)

1. Auf die Anträge der Parteien betreffend Feststellung des Trennungzeitpunktes wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Entscheid.

(Urteil)

1. Es wird festgehalten, dass die Parteien bereits getrennt leben und ihnen wird das weitere Getrenntleben bewilligt.
2. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin wie folgt monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- Fr. 4'300.-- ab 1. November 2016 bis 31. Dezember 2016;
- Fr. 5'700.-- ab 1. Januar 2017 bis 30. September 2017;
- Fr. 7'600.-- ab 1. Oktober 2017 bis 31. Dezember 2017;
- Fr. 7'700.-- ab 1. Januar 2018 bis 31. August 2018 (Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens mit Begehren um vorsorgliche Massnahmen am 29. August 2018).

Diese Unterhaltsbeträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

3. Von den Unterhaltsbeiträgen sind in der Periode vom 1. November 2016 bis 31. Dezember 2016 bereits Fr. 532.05 getilgt (direkt an die Gesuchstellerin geflossene Rückerstattungen für vom Gesuchsgegner beglichene Gesundheitskosten).
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin auf erstes Verlangen das Fahrzeug BMW X5 xDrive 35 (Stammnummer ... ; Fahrgestellnummer ...) samt sämtlichen Fahrzeugschlüsseln und relevanten Unterlagen (Fahrzeugpapiere, MFK-Dokumente, Inspektionsheft der Werkstatt, Bestätigung der Werkstatt der letzten Checks mit allfälliger Mängelliste) herauszugeben.
5. Die weiteren Rechtsbegehren der Gesuchstellerin werden abgewiesen.
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'200.--.
7. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
8. Die gegenseitigen Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
9. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin auf Anrechnung ihrer güterrechtlichen Ansprüche einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 9'100.-- zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Begehren der Gesuchstellerin abgewiesen.
10. (Mitteilung)

11. (Berufung)

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (Urk. 97 S. 2):

- "1. Es sei Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils und der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 22. Februar 2019 aufzuheben und wie folgt zu ersetzen:
[«1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin wie folgt monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge zu bezahlen:
 - Fr. 0.– ab 01. November 2016 bis 31. Dezember 2016;
 - Fr. 0.– ab 01. Januar 2017 bis 30. September 2017;
 - Fr. 0.– ab 01. Oktober 2017 bis 31. Dezember 2017;
 - Fr. 337.50 ab 01. Januar 2018 bis 31. August 2018 (Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens mit Begehren um vorsorgliche Massnahmen am 29. August 2018.Diese Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines Monats.»]
2. Eventualiter sei Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils und der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 22. Februar 2019 aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten."

der Berufungsbeklagten (Urk. 107 S. 2):

- "1. Die Berufung des Berufungsklägers sei im Haupt- und Eventualantrag abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer) zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit dem tt. Juli 2014 verheiratet. Aus ihrer Ehe sind keine Kinder hervorgegangen (Urk. 3/2). Mit Eingabe vom 25. Oktober 2017 gelangte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchstellerin) an das Bezirksgericht Zürich (Urk. 1) und stellte in der Folge die eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren. Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 98 S. 3 f.). Am 22. Februar 2019 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid in unbegründeter Form (Urk. 76). Der begründete Entscheid (Urk. 88) wurde den Parteien am 25. März 2019 zugestellt (Urk. 89 f.).

2. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan: Gesuchsgegner) am 4. April 2019 innert Frist Berufung, wobei er die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 97 S. 2). Mit Verfügung vom 9. April 2019 wurde der Gesuchsgegner zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses verpflichtet (Urk. 102). Nach dessen fristgerechten Eingang (Urk. 103) wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 7. Mai 2019 Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 104). Diese erfolgte unter dem 20. Mai 2019 (Urk. 107). Mit Verfügung vom 23. Mai 2019 wurde die Berufungsantwortsschrift der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 109). Mit Eingabe vom 5. Juni 2019 nahm der Gesuchsgegner sein Replikrecht in Anspruch (Urk. 110 bis 112/4). Mit Eingabe vom 6. Juni 2019 reichte er eine in seiner Stellungnahme vom 5. Juni 2019 in Aussicht gestellte Urkunde nach (Urk. 113 und 114/3). Diese beiden Eingaben wurden der Gesuchstellerin am 15. Juni 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 115). Es sind keine weiteren Eingaben der Parteien erfolgt. Das Berufungsverfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 1, 3 bis 5 und 9 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil am 5. April 2019 in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 89 f.). Dies ist vorzumerken. Ebenfalls unangefochten blieben die Dispositiv-Ziffern 6 bis 8 des vorinstanzlichen Urteils. Hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen erfolgt indessen keine Vormerknahme der Rechtskraft (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO).

2. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.H. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtli-

chen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.H.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

3. Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen lediglich beschränkt zulässig. Zulässig sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel nur dann, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (und ohne Verzug vorgebracht werden; Art. 317 Abs. 1 ZPO). Wer sich – ausserhalb der unbeschränkten Untersuchungsmaxime (BGE 144 III 349 E. 4.2.1) – auf neue Tatsachen beruft, hat zu substantiieren und zu beweisen, dass er die entsprechenden Noven unverzüglich nach ihrer Entdeckung vorgebracht hat und dass er sie trotz Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorbringen können (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 317 N 34).

III.

1. Der Gesuchsgegner arbeitet als angestellter Pilot in einem 80 %-Pensum. Daneben ist er alleiniger Inhaber der C._____ AG sowie der D._____ AG (früher: C._____ Invest AG, vgl. Urk. 72/45; Prot. I S. 18 f.). Die Vorinstanz berechnete den Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin anhand der einstufigen Methode und erwog, die von der Gesuchstellerin ins Feld geführte Methode werde vom Gesuchsgegner ausdrücklich anerkannt. Würden beide Parteien übereinstimmend nach der einstufigen Methode plädieren und würden nicht gewichtige Gründe gegen die Anwendung dieser Berechnungsmethode sprechen, sei die Unterhaltsberechnung den Parteivorträgen folgend nach dieser Methode vorzunehmen. Gewichtige gegenteilige Gründe würden bei "den vorliegenden finanziellen Verhältnissen" nicht vorliegen. Erkläre sich der Unterhaltsverpflichtete für leistungsfähig, seien weder sein konkretes Einkommen noch sein Bedarf von Interes-

se. Bei der einstufigen Berechnungsmethode spiele das Einkommen des Gesuchsgegners somit keine Rolle, da seine Leistungsfähigkeit unterstellt werde. Auf sein Einkommen und seinen Bedarf sei daher nicht weiter einzugehen. Die Vorinstanz erwähnte nebenbei, dass der Gesuchsgegner seine Leistungsfähigkeit trotz Anerkennung der Anwendung der einstufigen Methode zur Berechnung der Unterhaltsbeiträge teilweise zu bestreiten scheine. Diesbezüglich sei allerdings darauf hinzuweisen, dass er lediglich geltend mache, in Bezug auf die von der Gesuchstellerin "absurd hohen Ansprüche" nicht leistungsfähig zu sein. Aufgrund der zuzusprechenden Unterhaltsbeiträge sowie der begrenzten Dauer der Unterhaltsverpflichtung sei darauf nicht weiter einzugehen (Urk. 98 S. 13 f.). Die Vorinstanz bestimmte den gebührenden Bedarf der Gesuchstellerin, verneinte ihre Leistungsfähigkeit (Urk. 98 S. 46 f.) und verpflichtete den Gesuchsgegner schliesslich zur Leistung der eingangs erwähnten Unterhaltsbeiträge (Urk. 98).

2. In seiner Berufung beanstandet der Gesuchsgegner zusammengefasst, dass die Berechnungsmethode willkürlich festgelegt worden und seine Leistungsfähigkeit für die vorinstanzlich festgelegten Unterhaltsbeiträge nicht gegeben sei. Zudem könnte sich die Gesuchstellerin mindestens teilweise selber versorgen. Schliesslich moniert der Gesuchsgegner verschiedene Bedarfspositionen der Gesuchstellerin und macht geltend, dass sie aufgrund des rein krankheitsbedingten Unterhaltsanspruchs in einer kurzen, nicht lebensprägenden Ehe per se nur sehr eingeschränkte Ehegattenunterhaltsbeiträge bzw. gar keine zugute habe (vgl. Urk. 97 S. 8). Sein Bedarf betrage Fr. 7'091.20 (unter Verweis auf Urk. 60 Rz. 104). Für das Jahr 2017 liege ein Mankofall vor, welchen die Gesuchstellerin (bei seinem Einkommen von Fr. 6'289.20) zu tragen habe. Für das Jahr 2018 bestehe ein Überschuss von Fr. 675.10 (bei seinem Einkommen von Fr. 7'766.30), was bei einer hälftigen Überschussverteilung einen Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin von Fr. 337.50 ergebe (Urk. 97 S. 21).

3.1. Die Gesuchstellerin macht mit ihrer Berufungsantwort vorab geltend, beim Berufungsbegehren des Gesuchsgegners handle es sich um einen unzulässigen Feststellungsantrag, gestützt auf eine unzulässige Klageänderung, weshalb auf seine Berufung nicht einzutreten sei (Urk. 107 S. 3 f.).

3.2. Die Vorinstanz sprach der Gesuchstellerin die eingangs erwähnten Unterhaltsbeiträge zu. Der Gesuchsgegner macht mit seiner Berufung geltend, der Gesuchstellerin bis zum 31. Dezember 2017 keinen und danach einen sehr viel tieferen Unterhaltsbeitrag zu schulden. Es handelt sich beim Berufungsbegehren des Gesuchsgegners damit weder um einen unzulässigen Feststellungsantrag noch um eine Klageänderung. Die diesbezüglichen Beanstandungen erweisen sich als unbegründet. Auf die Berufung ist einzutreten.

4.1. Der Gesuchsgegner rügt im Zusammenhang mit der *Berechnungsmethode* und *seiner Leistungsfähigkeit* zusammengefasst, er habe die einstufige Methode nicht "ausdrücklich" anerkannt (Urk. 97 S. 10 f.). Er habe auch seinen Bedarf in aller Ausführlichkeit dargelegt (unter Verweis auf Urk. 19 Rz. 155 [recte: 165 f.], Urk. 19 [recte: 60] Rz. 104 und Urk. 62/34-43). Die Gesuchstellerin habe einen monatlichen Bruttolohn des Gesuchsgegners von Fr. 39'744.50 berechnet (unter Verweis auf Urk. 1 Rz. 32), was absurd sei. Sie habe einen riesigen aber nicht zielführenden Aufwand betrieben, um dieses Einkommen glaubhaft zu machen. Sie habe entsprechende Auskunfts- und Herausgabeanträge gestellt. Daraus erhelle, dass die Parteien von der Anwendung der zweistufigen Methode ausgegangen seien, weil nur dort das Einkommen des Gesuchsgegners relevant sei (Urk. 97 S. 11 f.). Zudem setze die Anwendung der einstufigen Methode das Vorhandensein einer Sparquote voraus. Er habe aber explizit ausgeführt, dass sie während der Ehe keine Ersparnisse hätten bilden können (unter Verweis auf Urk. 60 Rz. 2) und dass durch die trennungsbedingten Mehrkosten seine Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei (unter Verweis auf Urk. 60 Rz. 4). Die Gesuchstellerin habe dies nicht bestritten (Urk. 97 S. 12 f.). Es hätte an der Gesuchstellerin gelegen, eine Sparquote ins Feld zu führen (Urk. 110 S. 4). Er habe auf der ganzen Linie stringent bestritten, dass er die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Unterhaltsansprüche bezahlen könne (unter Verweis auf Urk. 60 Rz. 2 ff.). Seine Leistungsfähigkeit betrage soviel, wie er an Einkommen generiere bzw. generiert habe. Er habe sein Einkommen und damit seine konkrete Leistungsfähigkeit vorinstanzlich dargelegt. Im Jahr 2017 habe er ein Nettoeinkommen von Fr. 75'578.85 erzielt, während seine Gesellschaften im Jahre 2017 einen Verlust geschrieben hätten (unter Verweis auf Urk. 30/30-40). Das Jahr 2016, als das

Einkommen beider Parteien leicht höher gewesen sei, könne nicht massgebend sein, weil die damalige Liegenschaft, welche Mieterträge generiert habe, nicht mehr existiere. Im Jahr 2018 habe sein Nettoeinkommen Fr. 92'196.05 bzw. 93'196.05 betragen. Auch im Jahr 2018 hätten seine Gesellschaften keinen Gewinn erzielt (Urk. 97 S. 13 f. und 21). Die Vorinstanz habe seine fehlende Leistungsfähigkeit mit einem pauschalen Satz abgehandelt, wonach bei den vorliegenden finanziellen Verhältnissen keine gewichtigen Gründe gegen die einstufige Berechnungsmethode vorliegen würden. Leider sei gänzlich im Dunkeln geblieben, welche "finanziellen Verhältnisse" dies sein sollten (Urk. 97 S. 14). Weil die Ansichten der Parteien über den gelebten Standard weit auseinandergegangen seien, habe nicht zum Vornherein gesagt werden können, ob er leistungsfähig sei. Es habe lediglich seine Leistungsfähigkeit dargelegt werden können. Er habe stets argumentiert, dass seine Leistungsfähigkeit bei dem geltend gemachten Unterhaltsbedarf nicht gegeben sei (Urk. 97 S. 14 f.).

4.2. Die Gesuchstellerin macht geltend, die Vorinstanz habe die Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners deshalb unterstellt, weil offensichtlich vor und während der Ehe nicht nur das Einkommen aus seiner Pilotentätigkeit zur Verfügung gestanden habe. Er habe auch nicht behauptet, dass er zur Deckung des ehelichen Bedarfs Schulden gemacht habe. Der Gesuchsgegner verfüge über Liegenschaften, welche Erträge generieren würden. Diese habe er jedoch nicht von sich aus offen legen wollen. Dies genüge, um im Sinne der Entscheidung der Vorinstanz seine Leistungsfähigkeit zu unterstellen (Urk. 107 S. 6, S. 12 und S. 20). Der Gesuchsgegner habe der Vorinstanz die Auswahl der Methode überlassen, weshalb seine Berufung nun rechtsmissbräuchlich sei (Urk. 107 S. 7). Hätte der Gesuchsgegner vor Vorinstanz die Sparquote berechnet haben wollen, so hätte er dazu Ausführungen machen müssen; es sei nicht statthaft, im Rechtsmittelverfahren erstmals diese Frage der Sparquote zu thematisieren und zu rügen, dass die Vorinstanz dies von Amtes wegen hätte berücksichtigen müssen. Es handle sich dabei um ein unzulässiges Novum (Urk. 107 S. 8 und 18). Die Gesuchstellerin gehe von einer Sparquote aus (Urk. 107 S. 13). Es finde sich in den vorinstanzlichen Akten keine Stelle, wo der Gesuchsgegner die Anwendung der einstufigen Methode bestritten habe (Urk. 107 S. 16). Wer dem Gericht ein Auswahl-

ermessen einräume, der sei dazu verpflichtet, diesem alle notwendigen Grundlagen dazu anzubieten, so dass diese Auswahl korrekt getroffen werden könne. Für die zweistufige Methode hätte der Gesuchsgegner vor der Vorinstanz auch sein Einkommen umfassend darstellen müssen; dem habe er sich verweigert (Urk. 107 S. 17). Wäre das Einkommen aus Pilotentätigkeit sein einziges, würde er sich nicht eine Wohnung von mehr als Fr. 5'000.– monatlich leisten können (Urk. 107 S. 18 f.; entgegen dem Gesuchsgegner, der diesen Einwand mit einem Verweis auf die frühere Situation zu entkräften versucht [Urk. 110 S. 6], dürfte die Gesuchstellerin damit dessen aktuelle Wohnsituation ansprechen, bei der er sich auf einen Mietzinsanteil von Fr. 2'885.– neben seiner Partnerin, mit der er ein Haus bewohne, beruft [Urk. 60 S. 25]).

4.3.1. Der Gesuchsgegner anerkannte die Anwendung der einstufigen Methode entgegen der Vorinstanz und der Gesuchstellerin nicht durchgängig. Darauf kann es aber sowieso nicht ankommen, da die Wahl der Methode zur Unterhaltsberechnung Rechtsanwendung darstellt. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass es widersprüchlich erscheint, wenn der Gesuchsgegner in seiner Gesuchsantwort vor Vorinstanz die einstufige Methode angemessen erachtete (Urk. 19 Rz. 87). Entgegen seinen heutigen Behauptungen (Urk. 97 S. 10) erklärte er dort nicht, er halte die einstufige Methode *basierend auf seiner Bedarfsberechnung* für angemessen, sondern er hielt die einstufige Methode "hier" für angemessen. Dies obschon die Gesuchstellerin von Beginn weg einen Unterhaltsbetrag von monatlich mindestens Fr. 13'192.67 forderte. Er machte, "(s)ollte das Gericht *wider Erwarten* (Hervorhebung durch das Gericht) die zweistufige Methode anwenden", Ausführungen zu seinem Bedarf (Urk. 19 Rz. 165 f.). Zutreffend ist jedoch, dass er im weiteren Verlauf des Verfahrens erklärte, dass er die Methode nur bei einem vernünftigen Unterhalt für angemessen halte, weil er sonst nicht leistungsfähig und die Methode damit unangemessen sei (Urk. 97 S. 10 f. und Urk. 60 Rz. 2). Richtig ist weiter, dass er vorinstanzlich geltend machte, dass die Parteien auch während der Ehe nicht über genügend Einkommen verfügt hätten, um einen solch horrenden Bedarf zu decken, ja sogar das Vermögen habe angezehrt werden müssen. Wiederum entgegen seiner heutigen Darstellung blieb der

von ihm geltend gemachte Vermögensverzehr von der Gesuchstellerin jedoch nicht unbestritten (Urk. 97 S. 10 f. und Urk. 19 Rz. 52; Urk. 33 Rz. 38).

Wie bereits erwähnt, ist die Wahl der Bemessungsmethode eine Rechtsfrage (damit ist sie entgegen der Gesuchstellerin novenrechtlichen Überlegungen nicht zugänglich; vgl. Urk. 107 S. 7). Das Gesetz schreibt dem Sachgericht keine bestimmte Methode zur Unterhaltsbemessung vor. Dieses genießt bei der Methodenwahl ein weites Ermessen (Art. 4 ZGB). Immerhin muss es sich gegebenenfalls zur angewandten Methode äussern und diese begründen (statt vieler BGer 5A_589/2009 vom 24. November 2009, E. 2.3). Dem Grundsatz nach stehen die einstufig-konkrete oder die zweistufige Methode zur Verfügung. Die einstufig-konkrete Methode erscheint nur bei besonders guten finanziellen Verhältnissen (v.a. bei namhafter Sparquote) als sinnvolle Berechnungsweise. Hierbei wird auf die tatsächlich gelebte Lebensstellung des Unterhaltsberechtigten abgestellt und der gebührende Unterhalt direkt anhand seiner tatsächlichen Lebenshaltung unter Berücksichtigung der trennungsbedingten Mehrkosten berechnet, d.h. durch Addition sämtlicher Bedarfspositionen ermittelt, welche den bisherigen Lebensstandard sicherzustellen vermögen (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 02.24). Dabei obliegt es dem Unterhaltsberechtigten, diesen Bedarf im Einzelnen zu substantiieren und nachzuweisen, wobei an den Nachweis keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen (BGer 5A_732/2007 vom 4. April 2008, E. 2.2; 5A_584/2008 vom 6. Mai 2009, E. 2; Hausheer/Spycher, a.a.O., N 02.65c, N 02.65e). Gewisse Pauschalierungen sind allerdings auch hier unumgänglich, weil es nahezu unmöglich ist, für bestimmte Auslagenpositionen die entsprechenden Zahlen nachträglich zu ermitteln (Hausheer/Spycher, a.a.O., N 02.65c; vgl. auch BGer 5A_671/2013 vom 29. Juli 2014, E. 6.1). Demgegenüber eignet sich die zweistufige Methode, die verbreitet beim ehelichen Unterhalt zur Anwendung gelangt, für alle finanziellen Verhältnisse, in denen die Ehegatten – gegebenenfalls trotz guter finanzieller Verhältnisse – nichts angespart haben oder aber die bisherige Sparquote durch die scheidungs- bzw. trennungsbedingten Mehrkosten aufgebraucht wird. Zweistufig bedeutet, dass zuerst der familienrechtliche Bedarf (aller Personen) dem Gesamteinkommen gegenübergestellt und alsdann der rechnerische Überschuss nach einem bestimmten Schlüssel auf die

unterhaltsberechtigten Personen (Ehegatte und – gegebenenfalls – Kinder) verteilt wird. Dabei dürfen in guten finanziellen Verhältnissen ohne Weiteres auch Beträge und Positionen in den Bedarf aufgenommen werden, die vom betriebsrechtlichen Existenzminimum nicht erfasst sind (BGE 140 III 337 E. 4.2.2 m.H.).

Es trifft zwar zu, dass bei Anwendung der von der Vorinstanz und der Gesuchstellerin favorisierten einstufig-konkreten Berechnungsmethode die Seite des Unterhaltsverpflichteten und damit auch die genaue Höhe seines Einkommens für die Berechnung des nahehelichen Unterhalts grundsätzlich keine Rolle spielt (vgl. BGer 5A_198/2012 vom 24. August, E. 8.3.2). Diese Berechnungsmethode setzt jedoch besonders gute finanzielle Verhältnisse voraus; fehlen solche, sind die Unterhaltsbeiträge nach Massgabe der zweistufigen Methode festzusetzen. Ob finanzielle Verhältnisse vorliegen, die eine Berechnung nach der einstufig-konkreten Methode rechtfertigen, beurteilt sich insbesondere nach dem Einkommen der Parteien. Die Wahl der Berechnungsmethode hängt somit massgeblich vom Einkommen (auch) des Unterhaltsverpflichteten ab. Insofern kommt dem Einkommen des Gesuchsgegners durchaus Bedeutung zu (vgl. dazu die Ausführungen der Gesuchstellerin in Urk. 107 S. 15 unten). Vorliegend ist das Einkommen des Gesuchsgegners umstritten. Die Gesuchstellerin ging vor Vorinstanz von einem monatlichen Einkommen des Gesuchsgegners von knapp Fr. 40'000.– aus (Urk. 1 S. 29). Der Gesuchsgegner beruft sich darauf, in der hier interessierenden Zeitspanne lediglich auf ein Einkommen aus seiner Pilotentätigkeit (von weit unter Fr. 10'000.–) zurückgreifen zu können. Es kann entgegen der Gesuchstellerin nicht einfach auf die Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners geschlossen werden, weil er gewisse Urkunden nicht eingereicht haben soll (wobei sie nicht ausführt, welche Urkunden er trotz gerichtlicher Aufforderung nicht eingereicht habe). Es ist hier darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz mit Verfügung vom 4. Dezember 2018 auf eine mittels (allfälliger) Klageänderung durch die Gesuchstellerin erhobene (allfällige) Klage auf Auskunftserteilung durch den Gesuchsgegner gestützt auf Art. 170 ZGB nicht eintrat (Urk. 63 Dispositiv-Ziffer 1). Sie hielt jedoch fest, damit sei noch nicht entschieden, ob allenfalls noch ein Beweisverfahren durchgeführt werde (Urk. 65). Die Vorinstanz erwog im angefochtenen

Entscheid, was die Editionsbegehren im Eheschutzgesuch betreffe, seien diese zu pauschal, als dass die entsprechenden Beweisofferten abgenommen werden könnten (Urk. 98 S. 4 f.). Was die Editionsbegehren betreffend Einkommen des Gesuchsgegners angehe, sei darauf hinzuweisen, dass diese für die Entscheidungsfindung nicht relevant seien, da die exakte Höhe des Einkommens des Gesuchsgegners bei der Anwendung der einstufigen Methode nicht entscheidend sei (Urk. 98 S. 5). Mit anderen Worten hat sie ihn gar nie verpflichtet, die von der Gesuchstellerin geforderten Urkunden im Zusammenhang mit seinem Einkommen einzureichen, da sie der Meinung war, auf dessen Einkommen komme es nicht an (vgl. Art. 272 ZPO). Dies ist jedoch nach dem oben Ausgeführten unzutreffend. Das Vorliegen bzw. Nicht-Vorliegen einer Sparquote wurde im Übrigen im vorinstanzlichen Entscheid nicht thematisiert. Der Gesuchsgegner berief sich jedenfalls darauf, dass eine solche während ungetrennter Ehe nicht existiert habe (s. E. 4.1.). Die diesbezüglichen Vorbringen der Gesuchstellerin (s. E. 4.2.) verfangen nicht.

4.3.2. Der Gesuchsgegner verdiente im Jahr 2017 als angestellter Pilot Fr. 75'578.85 netto (Urk. 30/35). Gemäss dem mit der Berufung eingereichten Lohnausweis der E. _____ AG vom 15. Januar 2019 betrug sein Nettolohn als Pilot im Jahr 2018 Fr. 93'196.05 (Urk. 101/2). Die Jahresrechnung 2016/17 der C. _____ AG (deren Geschäftsjahr entweder bis zum 30. April oder bis zum 30. Juni zu dauern scheint, vgl. dazu Urk. 21/16) weist einen Verlust von Fr. 44'345.– aus (Urk. 30/37). Der Zwischenabschluss per 31. Dezember 2017 weist einen Verlust von Fr. 5'512.– aus (Urk. 30/38). Die "Jahresrechnung 2015/17" der C. _____ Invest AG weist für die Zeit vom 1. September 2015 bis 30. Juni 2017 ein "Jahresergebnis" von minus Fr. 183'946.– aus (Urk. 30/39). Bis Ende 2017 resultierte gemäss "Jahresrechnung 2017 (Zwischenabschluss per 31.12.2017)" ein weiterer Verlust von Fr. 17'059.– (Urk. 30/40). Obschon vorliegend Unterhalt für die Jahre 2016 bis 2018 festzulegen ist, fehlen Belege zum Geschäftsjahr 2018. Auf diese Zahlen könnte grundsätzlich verzichtet werden, wenn wie üblich (s. dazu sogleich mehr) auf die durchschnittlichen Nettomietzins-erträge der vergangenen drei Jahre abgestellt werden könnte. Dies ist aber nicht möglich, weil die Parteien ihre Liegenschaft in F. _____ offenbar verkauften und

sie im Jahr 2016 durch eine Liegenschaft in G._____ ersetzen (s. auch dazu so- gleich mehr). Die Liegenschaft in F._____ führten sie in ihrer privaten Steuererklä- rung (vgl. Urk. 60 S. 22). Der Gesuchsgegner führte anlässlich der Parteibefra- gung vor Vorinstanz aus, sie hätten im Jahr 2016 dann sozusagen die Liegen- schaft F._____ gegen die Liegenschaft G._____ getauscht. Aus steuertechni- schen Gründen hätten sie eine AG daraus gemacht. So seien Abschreibungen und Rückstellungen möglich, was privat nicht möglich wäre (Prot. I S. 21). Mit der Liegenschaft in F._____ erzielten sie im Jahr 2014 Mietzinserträge von netto Fr. 151'166.– (insgesamt erzielten sie gemäss Steuererklärung 2014 Nettoein- künfte von Fr. 233'125.– bzw. von monatlich Fr. 19'427.–; Urk. 27/70). Im Jahr 2015 erzielten sie Mietzinserträge von netto Fr. 143'407.– (insgesamt erzielten sie gemäss Steuererklärung 2015 Nettoeinkünfte von Fr. 215'376.– bzw. von monat- lich Fr. 17'948.–, Urk. 27/69; bzw. gemäss Veranlagungsvorschlag für die direkte Bundessteuer 2015 vom 18. August 2017 infolge der Aufrechnung von verdeckten Gewinnausschüttungen sogar Fr. 233'979.–, was einem Nettomonatseinkommen von rund Fr. 19'500.– entspricht, Urk. 21/13). Im Jahr 2016 erzielten sie Mietzins- erträge von netto Fr. 87'828.– (insgesamt erzielten sie gemäss Steuererklärung 2016 Nettoeinkünfte von Fr. 151'007.– bzw. von monatlich Fr. 12'584.–; Urk. 21/10). Der Gesuchsgegner macht geltend, dass das Jahr 2016, als das Ein- kommen beider Parteien "leicht höher" (als das Einkommen 2017 und 2018 aus Pilotentätigkeit) gewesen sei, nicht massgebend sein könne, weil die damalige Liegenschaft F._____, welche Mieterträge generiert habe, im Einverständnis mit der Gesuchstellerin verkauft worden sei (Urk. 97 S. 13, Urk. 110 S. 5; vgl. Prot. I S. 11). Zwar ist das Jahresergebnis 2016 zu berücksichtigen, da ab diesem Jahr Unterhaltsbeiträge festzusetzen sind. Es kann aber, wie erwähnt, nicht einfach auf den Durchschnitt der letzten drei Jahre abgestellt werden, da der Gesuchsgegner geltend macht, es werde seit dem Erwerb der neuen Liegenschaft in G._____ kein Gewinn aus der Liegenschaftsvermietung mehr erzielt. Der Gesuchsgegner berief sich in seiner Gesuchsantwort vor Vorinstanz darauf, die Gesuchstellerin wisse, dass die C._____ Invest erst in vielen Jahren – als Altersvorsorge – renta- bel sein werde (Urk. 19 S. 17). Dies wurde von der Gesuchstellerin bestritten (Urk. 33 S. 15). Der Gesuchsgegner macht berufungshalber geltend, er halte le-

diglich eine Gesellschaft, welche eine Liegenschaft zu Eigentum habe. Aus der erst vor wenigen Tagen eingetroffenen steuerrechtlichen Veranlagung der Steuerperiode 2017 gehe hervor, dass er lediglich das Einkommen aus seiner Pilotentätigkeit generiere (Urk. 110 S. 4 f. und Urk. 114/3).

In Anbetracht der eben erwähnten Einkünfte der Jahre 2014 bis 2016 macht die Gesuchstellerin zu Recht geltend, die Parteien hätten während der (ungetrenten) Ehe offensichtlich nicht nur vom Pilotenlohn des Gesuchsgegners gelebt (vgl. Urk. 110 S. 6). Wie bereits erwähnt, behauptet der Gesuchsgegner selber, es sei keine Sparquote gebildet worden. Deshalb ist die finanzielle Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners nicht nur anhand seines Pilotenlohnes, sondern unter Einbezug des Gewinns der ihm gehörenden Aktiengesellschaften zu bestimmen, und zwar ungeachtet dessen, ob der Gewinn dem Unternehmen entnommen wird oder nicht (vgl. Hausheer/Spycher, a.a.O., N 01.33; *OGer ZH LE130028 vom 26.11.2013, E. II/3.4.*). Ein Unterhaltspflichtiger, der – wie der Gesuchsgegner als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift seiner beiden Aktiengesellschaften – eine Gesellschaft beherrscht, ist als wirtschaftlicher Inhaber seiner Gesellschaft und damit gleich wie ein selbständig Erwerbender zu behandeln (vgl. ZR 90/1991 Nr. 52; *OGer ZH LE120066 vom 12.04.2013, E. III/3a*). Als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit gilt der Reingewinn, der entweder als Vermögensstandsgewinn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des laufenden und am Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres) oder als Gewinn in einer ordnungsgemässen Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen ist. Weil bei selbständiger Erwerbstätigkeit die finanzielle Verflechtung zwischen Unternehmerhaushalt und Unternehmung gross und intensiv ist und weil der Gewinnausweis sich relativ leicht beeinflussen lässt, kann sich die Bestimmung der Leistungskraft eines Selbständigerwerbenden als äussert schwierig erweisen. Um ein einigermaßen zuverlässiges Resultat zu erreichen und namentlich um Einkommensschwankungen Rechnung zu tragen, sollte auf das Durchschnittseinkommen mehrerer – in der Regel der letzten drei – Jahre abgestellt werden. Auffällige, d.h. besonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse können unter Umständen ausser Betracht bleiben. Nur bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen gilt der Gewinn des letzten Jahres als massgebendes

Einkommen, korrigiert insbesondere durch Aufrechnungen von ausserordentlichen Abschreibungen, unbegründeten Rückstellungen und Privatbezügen (BGE 143 III 617 E. 5.1 u.a. mit Hinweis auf BGer 5P.342/2001 vom 20. Dezember 2001, E. 3a, und BGer 5D_167/2008 vom 13. Januar 2009, E. 2). Im summarischen Verfahren ist zur Ermittlung des Einkommens grundsätzlich auf die Bilanz und die Erfolgsrechnung abzustellen (vgl. ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 ZGB N 76). Sollten aufgrund der Bilanz und Erfolgsrechnung Indizien dafür bestehen, dass das ausgewiesene nicht mit dem tatsächlichen Einkommen übereinstimmt, ist das Einkommen nicht auf der Grundlage der Bilanz, sondern beispielsweise anhand der Privatbezüge zu ermitteln (BGE 143 III 617 E. 5.4.2 mit Hinweisen). Die Festsetzung des Einkommens eines Selbständigerwerbstätigen kann somit entweder aufgrund des Nettogewinns oder aufgrund der Privatbezüge erfolgen. Diese beiden Berechnungsmethoden schliessen einander jedoch aus. Es ist nicht zulässig, Nettogewinn und Privatbezüge zu addieren (BGer 5A_259/2012 vom 14. November 2012, E. 4.3 und BGer 5A_396/2013 vom 26. Februar 2014, E. 3.2.3). Das Einkommen eines Unternehmers kann, wie bereits erwähnt, aufgrund der Bilanz oder aufgrund der Erfolgsrechnung (Gewinn, das heisst Überschuss des Ertrages aus dem Geschäftsbetrieb über dem korrekt ermittelten Aufwand; ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 ZGB N 75) ermittelt werden. Privatbezüge verkürzen zwar die Bilanz und verringern das Eigenkapital, sind aber – sofern korrekt (und nicht verdeckt) verbucht – nicht erfolgsrelevant. Der anhand der Erfolgsrechnung ermittelte Unternehmensgewinn kann daher nicht einfach um die Privatbezüge erhöht werden. Einzig sogenannte verdeckte Privatbezüge sind aufzurechnen. Dabei handelt es sich um Vorgänge, die zwar materiell als Privatentnahmen zu qualifizieren wären, jedoch nicht als solche verbucht wurden (vgl. BGE 143 III 617 E. 5.1; *OGer ZH LE120066 vom 12.04.2013, E. III/3c*; *OGer ZH LE180029 vom 06.09.2018, E. III/3*).

Zur Bestimmung des Geschäftsergebnisses – seit dem Liegenschaftstausch – liegen ungenügende Unterlagen vor. Es fehlt einerseits insbesondere der Abschluss für das Geschäftsjahr 2018 bzw. der Abschluss für das erste Halbjahr 2018, da gemäss Rechtsprechung der beschliessenden Kammer infolge des vorliegenden Kompetenzkonflikts bei bereits anhängig gemachter Scheidung inklusi-

ve vorsorglich beantragter Massnahmen zum ehelichen Unterhalt Tatsachen, die sich erst nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ereignet haben bzw. erst in einem Zeitpunkt danach wirksam werden, nicht mehr in die materielle Beurteilung der Eheschutzmassnahmen einfliessen dürfen (*OGer LE170039 vom 14.03.2018, E. II./A./3.1.*). Andererseits geht aus den Vorakten hervor, dass die Gesuchstellerin vor Vorinstanz insbesondere die Geschäftsabschlüsse 2016 und 2017 anzweifelte (Urk. 31 = 34/101; vgl. Prot. I S. 26). Mit Eingaben vom 15. August 2018 und 7. Januar 2019 machte sie zum Beispiel geltend, die aufgeführten Wohnungsleerbestände seien nicht zutreffend (Urk. 45 S. 6 und Urk. 67 S. 21). Weiter machte sie geltend, es sei nicht feststellbar, inwieweit "die in den Beilagen 37 bis 40 [gemeint: Urk. 30/37-40] aufgeführten Geschäftsjahresabschlüsse der C._____ Invest AG und der C._____ AG mit den deklarierten Steuerbilanzen und Steuer-Erfolgsrechnung" übereinstimmten. Zur Sicherung der Vollständigkeit der eingereichten Beilagen 37 bis 40 bedürfe es der Offenlegung der korrespondierenden Steuererklärungen 2014 bis und mit 2016 der genannten Gesellschaften. Der Gesuchsgegner werde zu diesem Zweck unter anderem aufgefordert, die folgenden Unterlagen nachzureichen: Hauptbuchjournale der C._____ AG der Jahre 2014 bis 2018; detaillierte Liegenschaftsabrechnungen des Mehrfamilienhauses F._____ der Jahre 2014 bis 2016; Hauptbuchjournale der C._____ AG / C._____ Invest AG der Jahre 2015 bis 2018; detaillierte Liegenschaftsabrechnungen des Mehrfamilienhauses G._____ 2016 bis 2018; Bilanz mit Stichtag 30.06.2018 sowie die Erfolgsrechnung (Urk. 45 S. 14 unter Verweis auf Urk. 46/24). Die Vorinstanz hielt diese Noveneingabe der Gesuchstellerin im Übrigen für nicht grundsätzlich unzulässig (Urk. 58 S. 4).

Den vorinstanzlichen Erwägungen kann nicht entnommen werden, weshalb die Vorinstanz den Gesuchsgegner für leistungsfähig hält. Unklar ist unter anderem, ob sie mit dem Hinweis auf die begrenzte Dauer der zugesprochenen Unterhaltsbeiträge dem Gesuchsgegner einen Vermögensverzehr zumutet. Wie bereits erwähnt, berief sich der Gesuchsgegner vor Vorinstanz auf einen Vermögensverzehr zwecks Deckung des ehelichen Bedarfs (vgl. BGer 5A_981/2016 vom 16. Oktober 2017, E. 3.4. m.H.). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Verfahren nicht spruchreif ist. Es bedarf weiterer Abklärungen im Zusammenhang

mit dem Einkommen des Gesuchsgegners der Jahre 2016 bis 2018 – so ist zunächst unklar, ob die dem Gericht präsentierten Bilanzen und Erfolgsrechnungen mit den Steuerdeklarationen übereinstimmen – und je nach deren Ausgang ist die Frage nach der Zumutbarkeit eines Vermögensverzehr zur Deckung des Unterhaltsanspruchs der Gesuchstellerin zu beantworten. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 318 N 35). Dies gilt vorliegend infolge der fehlenden Urkunden sowie der mangelnden Begründung hinsichtlich der Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners umso mehr. Vor einer Rückweisung an die Vorinstanz soll jedoch die Eigenversorgungskapazität der Gesuchstellerin für den vorinstanzlich ermittelten (und von der Gesuchstellerin unbestritten gebliebenen) Bedarf überprüft werden. Könnte sie ihren Bedarf selber decken, könnte auf die Ermittlung des gesuchsgegnerischen Einkommens verzichtet werden.

5.1. Zur *Eigenversorgungskapazität der Gesuchstellerin* macht der Gesuchsgegner geltend, er habe vor Vorinstanz dargelegt, dass ihr zumutbares Einkommen auf mindestens Fr. 83'300.– brutto pro Jahr festzusetzen sei, und zwar erzielbar ab Mai 2016 (unter Verweis auf Urk. 60 Rz. 51 ff.; Urk. 97 S. 16). Die Vorinstanz irre mit ihren Folgerungen, dass die Gesuchstellerin mit 45 Jahren nach einem "längeren Unterbruch" keine Stelle finden könne. Sie habe aktenkundig keinen längeren Arbeitsunterbruch gehabt, sondern immer gearbeitet, wie sie das selber ausgeführt habe (unter Verweis auf Urk. 1 Rz. 13 und 23; Prot. I S. 11; Urk. 62/2/12 [recte: 62/12] und Urk. 60 Rz. 9 ff.). Sogar während ihres Klinikaufenthalts habe sie in jeder freien Minute gearbeitet. Die Arbeitspause der Gesuchstellerin sei also sehr kurz und dauere erst seit demjenigen Zeitpunkt, für welchen sie Unterhaltsbeiträge fordere (Urk. 97 S. 16). Die kurze Ehe von zwei Jahren bis zum Getrenntleben habe keinerlei ehebedingte Nachteile mit sich gebracht. Es seien vorliegend die für den nahehelichen Unterhalt geltenden Kriterien miteinzubeziehen (Urk. 97 S. 17 mit Hinweis auf BGE 128 III 65 E. 4a). Die Gesuchstellerin habe vorgebracht, sie leide an Schlafstörungen, die sich nach Ansicht ihres Psychiaters nach Abschluss des Eheschutzverfahrens (und der Scheidung) wieder auf ein normales Mass einpendeln würden. Grund für die Arbeitsunfähigkeit

sei also die Belastung des Verfahrens. Er habe geltend gemacht, dass die Erwerbshinderung nicht genügend nachgewiesen sei (Urk. 97 S. 18 f.). Doch selbst wenn eine Krankheit vorliegen würde, könne daraus mangels ehelicher Solidarität infolge sehr kurzer Ehedauer kein Anspruch auf Unterhalt abgeleitet werden. Im Übrigen bestünde ein Anspruch auf eine Invalidenrente, wenn die Gesuchstellerin tatsächlich seit drei Jahren krankheitsbedingt erwerbsunfähig wäre. Sie müsse selbstverständlich keine IV-Rente erhältlich machen, aber der Verzicht darauf sei sehr wohl als explizit freiwilligen Einkommensverzicht zu berücksichtigen, auch rückwirkend. Die Vorinstanz habe hierzu fälschlicherweise festgehalten, er habe die Krankheit der Gesuchstellerin anerkannt. Nichts könnte jedoch ferner liegen. Die Vorinstanz habe sogar darüber hinweggesehen, dass die Gesuchstellerin für den Zeitraum August 2017 bis März 2018 keinerlei Nachweise der angeblichen Arbeitsunfähigkeit vorgelegt habe, und dass die Gesuchstellerin teilweise nur 80 % arbeitsunfähig geschrieben gewesen sei und in dieser Zeit eine Weiterbildung in Angriff genommen habe (unter Verweis auf Urk. 60 Rz. 38 [recte: 39]). Konkret sei die Gesuchstellerin von März bis September 2017 aktenkundig nämlich zu 20 % arbeitsfähig gewesen und hätte einer Arbeit nachgehen müssen; sie habe nicht einmal behauptet, dass sie keine Teilzeitarbeit hätte finden können. Zu diesem überraschenden Schluss komme einzig die Vorinstanz (Urk. 97 S. 19). Die Vorinstanz habe sich auch nicht mit seinem Hinweis auf BGer 5C.110/2004 vom 5. Juli 2014 auseinandergesetzt. Der Gesuchstellerin sei ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Er habe sich hierzu vorinstanzlich geäussert. Da die Vorinstanz überhaupt nicht darauf eingegangen sei, könne darauf verwiesen werden (unter Verweis auf Urk. 60 Rz. 9 bis 63; Urk. 97 S. 20). Wer über einen derart langen Zeitraum eine Arbeitsunfähigkeit geltend mache, habe diese lückenlos und medizinisch fundiert darzutun. Die Vorinstanz verliere sodann kein Wort dazu, dass die Gesuchstellerin von der Sozialbehörde und vom Gericht mittels Verfügung angehalten worden sei, die Unterlagen im Zusammenhang mit der Anmeldung für eine IV-Rente etc. einzureichen, hierbei aber säumig geblieben sei (Urk. 110 S. 7).

5.2. Die Gesuchstellerin ist der Meinung, dass der Gesuchsgegner nicht ernsthaft die ärztlichen Atteste der Gesuchstellerin anzweifeln könne, ohne Dritte

der Begehung einer Straftat zu beschuldigen (Urk. 107 S. 20). Die Gesuchstellerin sei nachweislich krank und solle geheilt werden. Invalidität sei ein dauerhafter Zustand der Unheilbarkeit, und dies sei bei der Gesuchstellerin nicht gegeben (Urk. 107 S. 21).

5.3. Die Vorinstanz erwog zu Recht, dass ein Ehegatte auch dann Anspruch darauf hat, den bisherigen Lebensstandard so gut als möglich beibehalten zu können, wenn seine Einkommensschwäche nicht als ehebedingt, sondern als schicksalhaft erscheint, weil er etwa krank oder arbeitslos ist (Urk. 98 S. 47). Der vom Gesuchsgegner erwähnte Bundesgerichtsentscheid 5C.110/2004 vom 5. Juli 2014 ist nicht einschlägig, da er nachehelichen Unterhalt betrifft. Es bestand somit für die Vorinstanz kein Anlass, sich mit dieser Entscheidung auseinanderzusetzen. Der Unterhaltsanspruch eines Ehegatten hat seine Grundlage während der ganzen Dauer der Ehe ausschliesslich in Art. 163 bis 165 ZGB. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass das Ende der Ehe zufolge tiefer Zerrüttung absehbar ist. Zwar sind die geltenden Kriterien gemäss Art. 125 ZGB bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren miteinzubeziehen, wenn eine Wiedervereinigung der Eheleute unwahrscheinlich ist. Die gesetzliche Grundlage zur Unterhaltsberechnung bildet aber weiterhin Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB und nicht Art. 125 ZGB. Zwar kann sich mit der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts ungeachtet der noch formellen Weiterdauer der Ehe schon eine Pflicht zur Wiederaufnahme oder Aufstockung der Erwerbstätigkeit des an sich unterhaltsberechtigten Ehegatten ergeben, was zur entsprechenden Aufrechnung eines hypothetischen Einkommens bei diesem Ehegatten führen kann. Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, die bisherige Lebenshaltung könne nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts zum Vornherein dort nicht mehr bis zur rechtskräftigen Scheidung beibehalten werden, wo eine vorgezogene Pflicht zur verbesserten Ausschöpfung der Eigenversorgungskapazität in Frage stehen kann (Hausheer, ZBJV 2007, S. 583, 597). Die Parteien sind nach wie vor miteinander verheiratet und schulden einander gemäss Art. 159 Abs. 1 ZGB Treue und Beistand und haben gemeinsam für den gebührenden Unterhalt der Familie zu sorgen. Dies hat zur Folge, dass – im Gegensatz zum nachehelichen Unterhalt – der Grundsatz des Anspruchs auf Teilhabe an der Lebenshaltung massgebend

ist, auf die sich die Ehegatten verständigt haben und die sie tatsächlich gelebt haben. Eine Anknüpfung an die vorehelichen Verhältnisse, wie sie beim nahehelichen Unterhalt bei nicht lebensprägenden Ehen erfolgt, ist während bestehender Ehe nicht angezeigt, sondern steht frühestens nach der Teilrechtskraft des Scheidungspunktes in Frage. Während mit Bezug auf den nahehelichen Unterhalt die Ehedauer von Bedeutung ist, ist dieses Kriterium für den Unterhalt während der Ehe unbeachtlich, da die Ehe während des Eheschutzverfahrens eben gerade noch besteht. Es geht in diesem Sinne nicht um eine naheheliche Solidarität, sondern um den während der Ehe von Gesetzes wegen bestehenden Unterhaltsanspruch. Dieser beginnt aber in vollem Umfang mit der Heirat und entsteht nicht erst allmählich im Laufe der Ehe (Hausheer/Spycher, a.a.O., N 04.04 m.H.; BGE 119 II 314, Erw. 4b/aa). Vor diesem Hintergrund ist es verfehlt, im vorliegenden Fall von einer Kurzehe zu sprechen, nachdem die Ehe der Parteien nach wie vor andauert. Eine Anknüpfung an die vorehelichen Verhältnisse fällt ausser Betracht und die Gesuchstellerin hat grundsätzlich Anspruch auf Teilhabe an der gemeinsamen Lebenshaltung. Von diesem Grundsatz ist lediglich dann abzuweichen, wenn eine gemeinsame Lebenshaltung gar nicht begründet wurde. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Ehegatten nie einen gemeinsamen Haushalt und stets getrennte Kassen geführt haben oder der gemeinsame Haushalt nur sehr kurz geführt wurde. Wenn die Ehegatten nämlich nur vorübergehend, während einigen Wochen oder Monaten zusammengelebt haben, können ihre vorehelichen Biographien meistens ungehindert fortgesetzt werden. Ihre Lebensverhältnisse wurden durch die Ehe noch in keinster Weise geprägt und ein gemeinsamer Lebensstandard wurde nie erreicht. Damit fehlt es an der Bemessungsgrundlage für einen gebührenden Unterhalt (Hausheer/Spycher, a.a.O., N 04.07 mit Hinweis auf ZBJV 2002, S. 70). Eine solche Ausnahme ist vorliegend nicht anzunehmen. Die Parteien haben zwar nur rund zwei Jahre in der Ehe zusammengelebt, dies jedoch nach einem langjährigen Konkubinat. Es kann daher nicht gesagt werden, die Parteien hätten erst gar keinen gemeinsamen Lebensstandard begründet. Die Gesuchstellerin hat entsprechend ein Anrecht auf Teilhabe an dieser gemeinsamen Lebenshaltung. Der Tatsache, dass bei beiden Parteien der Scheidungswille definitiv und daher mit einer Wiederaufnahme des Zusammenlebens nicht zu

rechnen ist, wird dadurch Rechnung getragen, dass von der Gesuchstellerin – sofern möglich und zumutbar – die optimale Ausschöpfung ihrer Eigenversorgungskapazität verlangt wird (*OGer ZH LE140032 vom 08.04.2015, S. 10 ff.*; *BGer 5A_493/2017 vom 7. Februar 2018, E. 3.1 m.H.*).

Entgegen dem Gesuchsgegner kann der Gesuchstellerin jedoch rückwirkend kein hypothetisches (Erwerbsersatz-) Einkommen angerechnet werden. Bei der Frage nach dem Zeitpunkt, ab wann der Gesuchstellerin ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden kann, gilt es zu berücksichtigen, dass dem Verpflichteten eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen ist, um die rechtlichen Vorgaben in die Wirklichkeit umzusetzen (*BGE 129 III 417 E. 2.2 m.H.*). Dabei muss die Übergangsfrist ihrem Zweck und den Umständen angemessen sein (*BGer 5C.138/2006 vom 18. Juli 2006, E. 3 m.H.*). In der Regel beträgt die Übergangsfrist drei bis sechs Monate. Sie beginnt frühestens mit der erstmaligen richterlichen Eröffnung der Umstellungsfrist zu laufen. Die Vorinstanz setzte der Gesuchstellerin naturgemäss keine solche Übergangsfrist an. Die vom Gesuchsgegner geforderte Anrechnung eines hypothetischen Einkommens per Mai 2016 fällt somit mit Blick auf die begrenzte rückwirkende Unterhaltsverpflichtung im vorliegenden Eheschutzverfahren ausser Betracht. Eine rückwirkende Anrechnung des hypothetischen Einkommens ist nämlich nur in Ausnahmefällen möglich, wenn der betroffenen Person ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden kann oder wenn die geforderte Umstellung in ihren Lebensverhältnissen und das Erfordernis eines vermehrten beruflichen Einsatzes für sie vorhersehbar gewesen sind (*Mayer, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, FamPra.ch 2014 S. 302 ff.. S. 342 m.H.*). Ein unredliches Verhalten kann der Gesuchstellerin nicht vorgeworfen werden. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sie ihre Erwerbstätigkeit im Hinblick auf das vorliegende Verfahren absichtlich aufgegeben hätte. Es ist daran zu erinnern, dass die Gesuchstellerin schon viele Jahre mit gesundheitlichen Problemen kämpft, weshalb ihr auch ihre Zulassung als Pilotin entzogen wurde. Während der Ehe arbeitete sie im Geschäft des Gesuchsgegners. Dieser führte selber aus, er habe mit seinem Vermögen eigens eine neue Firma gegründet, damit die Gesuchstellerin im Berufsleben wieder ha-

be Fuss fassen können. Ihre effektive Arbeitstätigkeit habe sich im Endeffekt auf ein teilweises "Kommen und Gehen" in und aus der C._____ gestaltet (Urk. 19 S. 15). Das Jahr 2016 verbrachte die Gesuchstellerin wiederholt für mehrere Wochen in der stationären Psychiatrie (Urk. 3/19). Seit damals hat sie offenbar nicht zurück ins Erwerbsleben gefunden, womit mit der Vorinstanz (mindestens unterdessen) von einem längeren Arbeitsunterbruch ausgegangen werden muss. Im Übrigen liegen – mit Ausnahme für die Zeit vom August 2017 bis März 2018 (Urk. 98 S. 46 f.) – Arztzeugnisse zu ihrer (teilweisen) Arbeitsunfähigkeit vor. Diese Lücke ist zwar gross. Die Gesuchstellerin versuchte offenbar, während dieser Zeit eine Weiterbildung zu absolvieren, musste diese aber wegen gesundheitlichen Problemen wieder aufgeben (Urk. 27/71). Beachtet man diesen Hintergrund, ist kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Gesuchstellerin dargetan, welches im vorliegend zu beurteilenden Zeitraum die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens rechtfertigen würde. Geradezu gerichtsnotorisch erscheint der Umstand, dass ihr die Invalidenversicherung bei der vom Gesuchsgegner geltend gemachten Belastung infolge des Trennungskonflikts der Parteien keine Rente zugesprochen haben dürfte, womit der bisherige Verzicht einer Anmeldung bei der Versicherung nicht zum Nachteil der Gesuchstellerin gereichen darf. Damit ist die Gesuchstellerin aber für die vorliegend zu beurteilende Zeitspanne auf Unterhaltsleistungen des Gesuchsgegners angewiesen. Die Gesuchstellerin ist darauf hinzuweisen, dass dies im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren für die Zukunft anders beurteilt werden könnte. Nach dem Ausgeführten kann vorliegend nicht darauf verzichtet werden, die Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners zu ermitteln.

6.1. Betreffend den *gebührenden Bedarf der Gesuchstellerin* rügt der Gesuchsgegner, die Vorinstanz habe einerseits darüber hinweggesehen, dass er sinngemäss und in anderen Behauptungen bestritten habe (gemeint wohl: den gebührenden Bedarf; Urk. 97 S. 21), und andererseits, dass sie der Untersuchungsmaxime folgend auch nicht substantiiert bestrittene Behauptungen auf den Wahrheitsgehalt zu überprüfen habe (Urk. 97 S. 22). Er beanstandet folgende Bedarfspositionen: Mietkosten, Mietkaution, chemische Reinigung, Essen, Zahnarzt, zusätzliche Medikamente (Vitamin C, Topvital und Cranberry), Autokosten

allgemein, Motorfahrzeugversicherung, Treibstoff, Abgaben Strassenverkehrsamt, eventualiter ÖV und ÖV für Hunde, Ferien, Kleider, Coiffeur/Wellness sowie Mani- und Pediküre (Urk. 97 S. 23 bis 31).

6.2. Die Gesuchstellerin macht – soweit verständlich – geltend, der Gesuchsgegner übe nur appellatorische Kritik an der Bedarfsrechnung der Vorinstanz, und scheint sinngemäss die Bestätigung der vorinstanzlichen Berechnungsweise zu fordern, ohne den Beanstandungen des Gesuchsgegners einen eigenen Standpunkt entgegen zu setzen (Urk. 107 S. 22 f.).

6.3. Die Bedarfspositionen chemische Reinigung, Essen, ÖV für Hunde, Ferien, Kleider, Coiffeur/Wellness sowie Mani- und Pediküre sind als solche nur bei einer einstufigen Berechnung zu berücksichtigen. Bei Anwendung der zwei-stufigen Methode sind sie aus einem allfälligen Überschussanteil zu bezahlen. Damit erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit diesen Positionen, solange unklar ist, welche Methode (infolge der noch festzustellenden Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners) zur Anwendung gelangen wird. Für die übrigen Positionen, welche in beiden Konstellationen zu berücksichtigen sein werden, gilt folgendes:

a) Mietkosten

Der Gesuchsgegner beanstandet, er habe in seiner Gesuchsantwort einen Mietkostenanteil der Gesuchstellerin von maximal Fr. 1'150.– anerkannt. Mangels Unterlagen habe er damals zu den Mietkosten nur mutmassen können. Er habe sich darauf verlassen können, dass die Vorinstanz die effektiven Mietkosten in ihre Berechnung einfliessen lasse. Sodann habe er die sehr spät eingereichten Mietverträge als verspätet und unglaublich bestritten. Der Mietvertrag mit L. _____ sei substantiiert bestritten worden und betreffe einen Zeitraum, der vorliegend nicht relevant sei (Urk. 60 Rz. 91 f.). Demgemäss seien in der ersten und zweiten Phase die effektiven Mietkosten zu berücksichtigen und somit – wie von der Vorinstanz festgestellt – Fr. 963.– bzw. Fr. 1'000.– pro Monat. Zudem irre die Vorinstanz, wenn sie ausführe, dass die Parteien vor der Trennung in einem grosszügigen Einfamilienhaus für Fr. 6'000.– gelebt hätten. Er habe dargelegt, dass die C. _____ AG einen massgeblichen Teil des Hauses für deren Geschäftszwecke

gemietet habe (Urk. 30/30-40). Auch habe er entgegen der Vorinstanz nach der Trennung nicht weit über Fr. 2'000.– für seine Mietwohnung bezahlt, da die C._____ AG auch dort einen Teil der Wohnung gemietet habe (Urk. 97 S. 23 f.).

Der Gesuchsgegner verhält sich widersprüchlich, wenn er einerseits einen Mietkostenanteil von maximal Fr. 1'150.– anerkannte (Urk. 19 Rz. 112) und sich nun für die Phase 1 und 2 auf geringfügig niedrigere Mietkosten berufen möchte, obschon er vor Vorinstanz ausführte, die dieser Rechnung zugrunde liegenden Mietverträge seien als unglaublich bestritten (Urk. 60 Rz. 90). Hinzu kommt, dass im Eheschutzverfahren eine gewisse Pauschalisierung zwecks Vermeidung von zu vielen Unterhaltsperioden durchaus erlaubt ist. Richtig ist, dass der Mietvertrag mit L._____ eine vorliegend nicht interessierende Zeitperiode betrifft (1. August bis 30. September 2016), weshalb ihn die Vorinstanz auch nicht berücksichtigte (vgl. Urk. 46/20). Aus seinen Vorbringen für die dritte Phase im Zusammenhang mit seinen Mietkosten leitet der Gesuchsgegner nichts ab, weshalb es auch diesbezüglich mit den von der Vorinstanz angerechneten Mietzinsen sein Bewenden hat.

b) Mietkaution

Hier rügt der Gesuchsgegner, die Vorinstanz halte zu Unrecht fest, dass er den für die Mietkautionsversicherung geltend gemachten Betrag von Fr. 26.60 nicht bestritten habe. Dabei lasse die Vorinstanz unberücksichtigt, dass er in seiner Gesuchsantwort den Fr. 1'150.– übersteigenden Betrag für Miete, Mietkautionsversicherung u.a. bestritten habe. Da im Urteil für die dritte Phase bereits für die Mietkosten alleine mehr als Fr. 1'150.– berücksichtigt worden seien, könnten aufgrund der zumindest sinngemässen Bestreitung nicht auch noch die Kosten für die Mietkautionsversicherung berücksichtigt werden (Urk. 97 S. 24).

Richtig ist, dass der Gesuchsgegner den Fr. 1'150.– übersteigenden Betrag für Miete, Mietkautionsversicherung etc. bestritt (Urk. 19 Rz. 115). Die Kosten sind jedoch belegt (Urk. 3/33) und damit mit der Vorinstanz für die dritte Phase zu berücksichtigen.

c) Zahnarzt

Diesbezüglich moniert der Gesuchsgegner, auch wenn er Zahnarztkosten in der Höhe von Fr. 73.64 anerkannt habe, seien – insbesondere aufgrund der herrschenden Untersuchungsmaxime – nur die effektiv angefallenen Kosten zu berücksichtigen. Folglich seien lediglich Fr. 550.– jährlich bzw. Fr. 45.85 pro Monat zu berücksichtigen, ansonsten die Gesuchstellerin mehr erhalte, als sie tatsächlich benötigt habe. Zudem habe er explizit den Nachweis der Zahnbehandlung und der Dentalhygiene bestritten (Urk. 97 S. 25 f. unter Verweis auf Urk. 60 Rz. 74).

Auch hier kann dem Gesuchsgegner nicht beigespflichtet werden. Die Gesuchstellerin machte vor Vorinstanz Zahnarztkosten von monatlich Fr. 110.– geltend (zweimal jährlich Dentalhygiene von je Fr. 190.– und einmal jährlich eine Kontrolle von Fr. 170.– sowie regelmässiger Ersatz von Füllungen für ungefähr Fr. 770.–; Urk. 1 S. 22). Die Vorinstanz erachtete die geltend gemachten Kosten für Dentalhygiene und Jahreskontrolle für glaubhaft, ging jedoch mangels genügender Belege nicht von regelmässig anfallenden Kosten für den Ersatz von Füllungen aus (Urk. 98 S. 34 f.). Der Gesuchsgegner jedoch billigte der Gesuchstellerin, nachdem sie Zahnarztkosten von Fr. 110.– geltend gemacht hatte und in Kenntnis der Situation der Gesuchstellerin, Fr. 73.64 pro Monat gemäss Budgethaushaltserhebung BFS zu (Urk. 19 Rz. 142). Darauf ist er zu behaften. Immerhin erklärte die Gesuchstellerin anlässlich ihrer Parteibefragung, sie habe im Juni 2017 zwei Füllungen erneuern müssen (vgl. Urk. 98 S. 35 und Prot. I S. 12).

d) Zusätzliche Medikamente (Vitamin C, Topvital und Cranberry)

Hier macht der Gesuchsgegner geltend, er habe die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Kosten entgegen der Vorinstanz sehr wohl bestritten (Urk. 97 S. 26 unter Verweis auf Urk. 19 Rz. 143). Es sei nicht glaubhaft, dass die Medikamente immer noch eingenommen werden müssten (der Beleg datiere aus dem Jahr 2016). Wenn die Gesuchstellerin medizinisch auf zusätzliche Medikamente angewiesen wäre, würde die Krankenkasse diese bezahlen. Da die Krankenkasse

diese offenbar nicht bezahle, seien sie ergo medizinisch nicht notwendig (Urk. 97 S. 26).

Entgegen seinen heutigen Ausführungen bestritt der Gesuchsgegner diese Position vor Vorinstanz nicht einfach pauschal (vgl. Urk. 97 S. 26), sondern machte geltend, die ärztliche Bestätigung sei über ein Jahr alt. Ärztliche Verschreibungen seien bekanntlich sechs Monate gültig, "deshalb bestritten" (Urk. 19 Rz. 143). Die Vorinstanz setzte sich mit diesem Argument auseinander, indem sie (zu Recht) erwog, bei der von der Gesuchstellerin eingereichten Urkunde handle es sich nicht um eine ärztliche Verschreibung, sondern um eine Bestätigung (eines Arztes), welche keine Gültigkeitsdauer habe (und die am 9. November 2016 und damit während der vorliegend relevanten Unterhaltsperiode die regelmässige Notwendigkeit der Einnahme dieser Produkte erwähnte; Urk. 3/21). Weiter erwog die Vorinstanz, da der von der Gesuchstellerin geltend und glaubhaft gemachte *Betrag* (Hervorhebung durch die beschliessende Kammer) darüber hinaus nicht bestritten worden sei, sei er in der Bedarfsberechnung einzusetzen (Urk. 98 S. 35). Der Gesuchsgegner kommt mit seinen Vorbringen, mit denen sich die Vorinstanz bereits auseinandersetzte, auch hier seinen Rügeobliegenheiten nicht nach. Bei den Vorbringen zur Bezahlung durch die Krankenkasse handelt es sich zudem (soweit ersichtlich) um unzulässige Noven (s. E. II./3.). Es bleibt damit bei dem von der Vorinstanz angerechneten Betrag für zusätzliche Medikamente.

e) Autokosten

Der Gesuchsgegner beanstandet unter diesem Titel, gemäss eigenen Angaben der Gesuchstellerin sei ihr der Führerausweis im Jahr 2012 oder 2013 und damit vor dem Eheschluss am 11. Juli 2014 entzogen worden. Wieso die Vorinstanz in ihrem Entscheid davon ausgehe, dass die Gesuchstellerin seit ungefähr dem Jahr 2014 keinen Führerausweis mehr haben solle, sei demnach unklar und aktenwidrig. Aus derselben Textstelle des Protokolls ergebe sich zudem, dass sie zumindest bis im April 2018 nicht im Besitz eines Führerausweises gewesen sei, weil sie sich die zu dessen Wiedererlangung notwendigen Haaranalysen angeblich nicht habe leisten können. Damit habe sie während der Ehe kein Fahrzeug führen können, weshalb die dafür anfallenden Kosten nicht zum ehelichen Le-

bensstandard gehören könnten (Urk. 97 S. 26 f.). Weiter macht der Gesuchsgegner geltend, sollte das Gericht wider Erwarten anderer Ansicht sein, so sei für die einzelnen Fahrzeugkosten folgendes zu berücksichtigen: Die Motorfahrzeugversicherung habe er bezahlt (Urk. 97 S. 27 f.). Da die Gesuchstellerin nicht Auto fahren dürfen, sei ihr kein Treibstoff im Bedarf anzurechnen. Aufgrund der geltenden Untersuchungsmaxime seien somit keine entsprechenden Kosten zu berücksichtigen, auch wenn er die theoretisch maximal denkbaren Treibstoffkosten in seiner Gesuchsantwort festgehalten habe. Er habe explizit bestritten, dass sie ein Fahrzeug benötige (Urk. 97 S. 29 unter Verweis auf Urk. 19 Rz. 152). Bei den Strassenverkehrsabgaben behauptet der Gesuchsgegner, die Nummernschilder seien im Mai 2016 beim Strassenverkehrsamt abgegeben (Urk. 3/55) und in der Folge auf seinen Namen eingelöst worden. Er sei Schuldner dieser Abgabe gewesen. Zudem habe er (auch hier) explizit bestritten, dass die Gesuchstellerin ein Fahrzeug benötige (Urk. 97 S. 29 f. unter Verweis auf Urk. 19 Rz. 152).

Anlässlich der Parteibefragung vom 3. April 2018 führte die Gesuchstellerin zusammengefasst aus, ihr sei der Fahrausweis 2012/2013 infolge eines Unfalls nach Medikamenten- und Alkoholkonsum entzogen worden. Nach sechs Monaten habe sie den Führerschein wieder erhalten. Weitere sechs Monate habe sie den Führerausweis aber wieder verloren, da sie infolge der Einnahme von Dormisan einen sehr hohen Alkoholwert im Blut gehabt habe. Das Dormisan habe sie abgesetzt. Nun müsste sie einfach den Haartest zur Wiedererlangung des Ausweises nochmals machen lassen. Sie habe aber derzeit die finanziellen Mittel dazu nicht (Prot. I S. 14). Damit ist der Schluss der Vorinstanz, dass die Gesuchstellerin seit ungefähr dem Jahr 2014 (erneut) keinen Führerausweis mehr besitzt, zutreffend. Zudem erklärte die Gesuchstellerin auf entsprechende Ergänzungsfrage des Rechtsvertreters des Gesuchsgegners, sie sei seit 2014 oder 2015 nicht mehr Auto gefahren (Prot. I S. 18). Somit gehörte ein Auto allenfalls zu Beginn der Ehe noch zum Bedarf. Seit der Trennung und in der vorliegend interessierenden Periode ist die Gesuchstellerin jedenfalls nicht Auto gefahren, womit ihr keine entsprechenden Kosten anzurechnen sind. Der Gesuchsgegner trug aber nicht zur Klärung der Sachlage bei, indem er in der Gesuchsantwort vom 19. Dezember 2017 schrieb, vom 11. April bis 5. Mai 2017 sei das Fahrzeug von beiden Ehegat-

ten genutzt worden. Zwar bestritt der Gesuchsgegner auch, dass die Gesuchstellerin ein Auto benötige. Vor diesem Hintergrund ist jedoch fraglich, weshalb er der Gesuchstellerin unter Rz. 157 derselben Rechtsschrift trotzdem Treibstoff für Fr. 30.30 zugestand (Urk. 19 S. 39 f.). Beizupflichten ist dem Gesuchsgegner aber darin, dass es unglaublich ist, dass der Gesuchstellerin während der vorliegend interessierenden Periode Kosten für eine Motorfahrzeugversicherung anfielen. Die von der Gesuchstellerin eingereichte, auf sie lautende Rechnung betrifft den Zeitraum vom 2. September 2015 bis 1. September 2016 und wurde am 4. September 2015 bezahlt (Urk. 3/59). Die Rechnung betrifft damit nicht die vorliegend relevante Unterhaltsperiode. Dies im Gegensatz zu einer vom Gesuchsgegner eingereichten Rechnung, welche den Zeitraum vom 1. Mai 2017 bis 30. April 2018 umfasst und auf den Gesuchsgegner lautet (Urk. 21/24). Hinsichtlich Treibstoff kann auf das eben Ausgeführte verwiesen werden. Die Rechnung für die Strassenverkehrsabgaben, auf die sich die Gesuchstellerin (und die Vorinstanz) beruft, stammt vom 25. Oktober 2014 und betrifft das ganze Jahr 2015 (Urk. 3/15). Auch sie ist damit nicht relevant. Zusammenfassend sind der Gesuchstellerin für die vorliegende Periode keine Autokosten anzurechnen, da sie einerseits nicht Auto fahren durfte und es ihr andererseits nicht gelingt, glaubhaft zu machen, dass ihr trotzdem Autokosten entstanden.

f) Da der Gesuchsgegner die Anrechnung von Kosten für den öffentlichen Verkehr nur bestreitet, falls der Gesuchstellerin Fahrzeugkosten angerechnet werden (Urk. 97 S. 30), ist darauf nach dem oben Ausgeführten nicht weiter einzugehen.

7.1. Schliesslich rügt der Gesuchsgegner, die Vorinstanz übergehe, dass die Gesuchstellerin exakt diejenigen Beschlüsse, die eine langfristige Sozialhilfeunterstützung bewiesen hätte(n), nicht eingereicht habe, obwohl die Vorinstanz sie hierzu aufgefordert habe. Damit sei dargelegt, dass sie eben nicht langfristig von der Sozialbehörde (oder von anderen Personen ausser K._____) unterstützt worden sei (Urk. 97 S. 32). Es sei ein *qualifiziertes Konkubinat* anzunehmen und die Gesuchstellerin habe seit Ende 2016 keinen Anspruch auf Unterhalt. Sie habe in den letzten zwei Jahren erhebliche Ausgaben getätigt. Selbst wenn sie die

höchst überschaubaren Sozialhilfegelder erhalten hätte, würden diese nicht ansatzweise ausreichen, um ihren Bedarf zu decken. Sie wäre mit anderen Worten auf beträchtliche Kredite angewiesen. Solche Kredite habe sie aber offenbar nicht eingehen müssen. Exemplarisch lege sie einen Darlehensvertrag über gerade einmal ein paar Tausend Franken ins Recht, die erst noch für die rechtliche Beratung und Vertretung bezweckt gewesen seien. Es sei vor diesem Hintergrund völlig ungläubhaft, dass die Gesuchstellerin nicht eheähnlich von ihrem Partner unterstützt werde. Ein weiterer klarer Beweis dafür, dass sie finanziell von ihrem Partner unterstützt werde, sei die Tatsache, dass sie – die tausende Seiten von Beweismitteln habe einreichen lassen – die angebliche "Liste", in welcher ihre Ausgaben erfasst würden, welche von K. _____ vorgeschossen würden, nie vorgelegt habe (Urk. 97 S. 33).

7.2. Die Gesuchstellerin macht geltend, die Vorinstanz habe zu Recht das Vorliegen eines qualifizierten Konkubinats verneint. Ein qualifiziertes Konkubinat könne erst nach fünf Jahren bestehender Partnerschaft und weiteren qualifizierenden Umständen angenommen werden und die entsprechenden Tatsachen würden hier schlicht nicht vorliegen (Urk. 107 S. 23 f.).

7.3. Der Gesuchsgegner führt nicht aus, wo die Vorinstanz die Gesuchstellerin zum Einreichen der Beschlüsse, die eine langfristige Sozialhilfeunterstützung bewiesen hätten, aufgefordert haben soll. Damit kommt er den eingangs erwähnten Beanstandungsobliegenheiten, die an eine Berufung gestellt werden, nicht nach. Die Parteien scheinen ob des aufwändig geführten Eheschutzverfahrens den Überblick über die geltend gemachten Standpunkte und die eingereichten Urkunden verloren zu haben. Der Gesuchsgegner dürfte wohl die Verfügung der Vorinstanz vom 24. Januar 2018 meinen, mit der die Gesuchstellerin unter anderem aufgefordert wurde, weitere nach dem 13. Dezember 2016 ergangene Beschlüsse der Sozialkommission ... oder anderer Sozialkommissionen betreffend wirtschaftliche Sozialhilfe einzureichen (Urk. 23 Dispositiv-Ziffer 2 lit. d). Die Gesuchstellerin kam dieser Aufforderung mit Eingabe vom 22. März 2018 nach (Urk. 26) und reichte verschiedene Belege zu ihrer Sozialhilfeabhängigkeit betreffend den Zeitraum vom Dezember 2016 bis März bzw. April 2018 zu den Akten

(Urk. 27/72-87). Es trifft auch nicht zu, dass die Gesuchstellerin nur einen Darlehensvertrag ins Recht reichte. Die Vorinstanz verwies in ihrer Urteilsbegründung auf zwei Verträge mit K._____ (Urk. 98 S. 11 unter Verweis auf Urk. 3/29 und 34/93). Bereits ein Blick auf Urk. 3/29 zeigt, dass daneben weitere Darlehensverträge mit weiteren Personen eingereicht wurden (Urk. 3/29-31). Mit der angeblichen Liste spricht der Gesuchsgegner Urk. 34/93 an. Gemäss dieser mit "Darlehensvertrag/Vorschussvereinbarung" betitelten Urkunde vereinbarten die Gesuchstellerin und K._____ als Darlehensgeber am 2. Dezember 2016, dass er ihr für die laufenden Kosten, die nicht aus der Unterstützung der Sozialhilfe gedeckt werden könnten, Vorschüsse gemäss laufender Aufzeichnung über die Kosten gewähre. Dieser bei den Akten liegende und von der Vorinstanz erwähnte Vertrag stützt aber deren Schluss, wonach die Unterstützung des Partners der Gesuchstellerin nicht von einem eheähnlichen Unterstützungswillen getragen sei. Die diesbezügliche Rüge erweist sich als unbegründet, und es ist nicht von einem qualifizierten Konkubinat zwischen der Gesuchstellerin und deren Partner auszugehen.

8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich im angefochtenen Entscheid keine Feststellungen zu einem Einkommen bzw. Gewinn/Verlust der beiden durch den Gesuchsgegner beherrschten Gesellschaften finden lassen. Weiter ist unklar, ob die Vorinstanz dem Gesuchsgegner zwecks Leistung der angefochtenen Unterhaltsbeiträge allenfalls einen Vermögensverzehr zumutete. Damit ist Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 22. Februar 2019 aufzuheben und die Sache zur Abklärung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

IV.

Infolge der Rückweisung ist die Verteilung der Gerichtskosten des Berufungsverfahrens und der Entscheid über die Parteientschädigungen dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 22. Februar 2019 hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 1, 3 bis 5 und 9 am 5. April 2019 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 22. Februar 2019 wird aufgehoben und die Sache zur Fortführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'500.– festgesetzt.
4. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 29. November 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
mc