

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE220001-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Paszehr

Beschluss und Urteil vom 11. Juli 2022

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

B._____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichts im
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom
13. Dezember 2021 (EE210204-L)**

Rechtsbegehren:

der Gesuchstellerin (Urk. 19 S. 2 f.):

- "1. Es sei festzustellen, dass der gemeinsame Haushalt der Parteien am 24. Juli 2021 aufgehoben wurde, und es sei der Gesuchstellerin das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit zu bewilligen.
2. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin rückwirkend ab 24. Juli 2021 und für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge für sie persönlich von mindestens Fr. 4'802.05 zu bezahlen.

Eine abschliessende Bezifferung nach umfassender Auskunftserteilung über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Gesuchsgegners bleibt vorbehalten.

3. Es sei der Gesuchsgegner unter Androhung von Bestrafung mit Busse bis Fr. 10'000.– gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu verpflichten, der Gesuchstellerin innert dreier Tage deren Bankguthaben in Höhe von gesamthaft Fr. 14'600.– auf deren Konto bei der Aargauischen Kantonalbank, IBAN CH..., zu überweisen.
4. Es sei der Gesuchsgegner unter Androhung von Bestrafung mit Busse bis Fr. 10'000.– gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu verpflichten, der Gesuchstellerin innert dreier Tage folgende Gegenstände herauszugeben:
 - Bankkarte «C. _____»
 - Bankbuch «C. _____»
 - Sprachzertifikat
 - Geburtsurkunde
 - Schlüssel für das Massage-Studio
5. Es sei dem Gesuchsgegner unter Androhung von Bestrafung mit Busse bis Fr. 10'000.– gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle für die Dauer des Getrenntlebens zu verbieten, in irgendeiner Weise (persönlich, telefonisch, schriftlich, elektronisch etc.) Kontakt zur Gesuchstellerin aufzunehmen oder durch Drittpersonen aufnehmen zu lassen.
6. Es sei dem Gesuchsgegner unter Androhung von Bestrafung mit Busse bis Fr. 10'000.– gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle für die Dauer des Getrenntlebens zu verbieten, sich der Gesuchstellerin anzunähern und sich im Umkreis von 200 Metern ihrer Wohnung an der D. _____-Strasse ... in ... Zürich sowie des Massage-Studios an der E. _____-Gasse ... in ... Zürich aufzuhalten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer zulasten des Gesuchsgegners."

Prozessualer Antrag der Gesuchstellerin (Urk. 19 S. 3):

"Es sei der Gesuchsgegner zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages an die Gesuchstellerin in Höhe ihrer gesamten Prozesskosten, welche vorläufig auf mindestens Fr. 7'500.– zu beziffern sind, zu verpflichten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer zulasten des Gesuchsgegners."

des Gesuchsgegners:

-

Prozessualer Antrag des Gesuchsgegners (Urk. 16; Urk. 25 S. 1 f., sinngemäss):

Es sei dem Verschiebungsgesuch betreffend die Verhandlung vom 26. Oktober 2021 (nachträglich) stattzugeben.

**Verfügungen und Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich,
8. Abteilung, vom 13. Dezember 2021:**

(Urk. 26 S. 28–31 = Urk. 31 S. 28–31)

Das Einzelgericht verfügt:

1. Das Gesuch des Gesuchsgegners um (nachträgliche) Verschiebung der Verhandlung vom 26. Oktober 2021 wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung sowie Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und verfügt weiter:

1. Auf den Gesuchsantrag Ziff. 1 wird, soweit er sich auf die Feststellung des Trennungsdatums bezieht, nicht eingetreten.
2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird mit nachfolgendem Erkenntnis entschieden.

3. Schriftliche Mitteilung sowie Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

1. Es wird festgestellt, dass die Gesuchstellerin zum Getrenntleben auf unbestimmte Zeit berechtigt ist.
2. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge in der Höhe von CHF 4'539.50 zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 24. Juli 2021.

Im Mehrbetrag wird der Gesuchsantrag Ziff. 2 abgewiesen.

3. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Dispositiv.-Ziff. 2 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:

Einkommen netto pro Monat:

- Gesuchstellerin:	CHF	0.00
- Gesuchsgegner:	CHF	9'079.00

Vermögen:

- Gesuchstellerin: nicht relevant
- Gesuchsgegner: nicht relevant

familienrechtlicher Bedarf:

- Gesuchstellerin (Bedarf ohne Überschuss):	CHF	4'482.05
- Gesuchsgegner (Bedarf ohne Überschuss):	CHF	4'482.05

4. Der Gesuchsgegner wird - unter Androhung der Bestrafung mit Busse bis zu CHF 10'000.- im Widerhandlungsfalle gemäss Art. 292 StGB - verpflichtet, der Gesuchstellerin die folgenden Gegenstände innert drei Tagen herauszugeben:

- Bankkarte "C._____"
 - Bankbuch "C._____"
 - Sprachzertifikat
 - Geburtsurkunde
 - Schlüssel für das Massage-Studio.
5. Gesuchs Antrag Ziff. 3 wird abgewiesen.
 6. Dem Gesuchsgegner wird - unter Androhung der Bestrafung mit Busse bis zu CHF 10'000.– im Widerhandlungsfalle gemäss Art. 292 StGB - für die Dauer des Getrenntlebens verboten, mit der Gesuchstellerin in irgendeiner Weise (persönlich, telefonisch, schriftlich, elektronisch etc.) Kontakt aufzunehmen oder durch Drittpersonen aufnehmen zu lassen.
 7. Dem Gesuchsgegner wird - unter Androhung der Bestrafung mit Busse bis zu CHF 10'000.– im Widerhandlungsfalle gemäss Art. 292 StGB - für die Dauer des Getrenntlebens verboten, sich der Gesuchstellerin anzunähern und sich im Umkreis von 200 Metern ihrem derzeitigen Wohnort an der D._____-Strasse ... in ... Zürich sowie des Massage-Studios an der E._____-Gasse ... in ... Zürich aufzuhalten.
 8. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenbeitrag in der Höhe von CHF 1'987.75 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird der diesbezügliche Antrag abgewiesen.
 9. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

CHF 4'200.00; die weiteren Auslagen betragen:
CHF 187.50 Dolmetscherkosten
 10. Die Kosten werden zu fünf Sechsteln (CHF 3'656.25) dem Gesuchsgegner und zu einem Sechstel (CHF 731.25) der Gesuchstellerin auferlegt.
 11. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 2'513.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
 12. [Mitteilungssatz]

13. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 30 S. 2):

"Hauptanträge:

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht, vom 13.12.2021, sei in den Ziffern 2, 3, 4, 8, 10 und 11 aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass sich die Parteien keinen nachehelichen Unterhalt schulden.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

Eventualanträge:

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht, vom 13.12.2021, sei ersatzlos aufzuheben.
2. Das Verfahren sei zur Durchführung einer ordentlichen Verhandlung an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht, zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 38 S. 1):

- "1. Die Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Dezember 2021 (EE210204-L) sei abzuweisen und die Dispositiv-Ziffern 2, 3, 4, 8, 10 und 11 seien zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer zulasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit dem tt. Juli 2016 verheiratet. Gemeinsame Kinder haben sie keine (Urk. 31 S. 3). Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) ersuchte das Bezirksgericht Zürich (fortan Vorinstanz) mit Eingabe vom 19. August 2021 um Erlass von Eheschutzmassnahmen (Urk. 1). Zum Prozessverlauf vor Vorinstanz kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 31 S. 3 f.) verwiesen werden. Die Vorinstanz erliess am 13. Dezember 2021 die eingangs wiedergegebenen Verfügungen sowie das wiedergegebene Urteil (Urk. 31).

2. Am 3. Januar 2022 liess der Gesuchsgegner rechtzeitig (vgl. Urk. 28) Berufung mit den oben aufgeführten Anträgen erheben (Urk. 30). Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 1–29) wurden beigezogen. Der mit Verfügung vom 6. Januar 2022 einverlangte Kostenvorschuss (Urk. 35) ging fristgerecht ein (Urk. 36). Mit Verfügung vom 21. März 2022 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 37). Die Berufungsantwort datiert vom 4. April 2022 (Urk. 38) und wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 5. April 2022 zugestellt (Urk. 41). Gleichzeitig wurde ihm Frist zur Stellungnahme zur von der Gesuchstellerin neu eingereichten Unterlagen und den neu aufgestellten Behauptungen in der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 41). Mit Eingabe vom 11. April 2022 reichte die Gesuchstellerin eine weitere Eingabe ein (Urk. 42), welche dem Gesuchsgegner am 12. April 2022 zur Kenntnis gebracht wurde (Prot. II S. 6). Mit Verfügung vom 22. April 2022 (Urk. 47) wurde dem Gesuchsgegner auf Ersuchen hin (Urk. 46) die Frist gemäss Verfügung vom 5. April 2022 (Urk. 41) erstreckt. Am 5. Mai 2022 nahm der Gesuchsgegner zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 11. April 2022 (Urk. 42) Stellung und liess eine Noveneingabe samt Beilage einreichen (Urk. 48; Urk. 49/1), welche der Gesuchstellerin am 9. Mai 2022 zugestellt wurde (Prot. II S. 8). Mit Zuschrift vom 31. Mai 2022 liess die Gesuchstellerin ihrerseits eine Noveneingabe samt Beilagen einreichen (Urk. 51; Urk. 53/4), die dem Gesuchsgegner am 1. Juni 2022 zur Kenntnis gebracht wurde (Prot. II S. 9). Mit Eingabe vom 8. Juni 2022 liess der Gesuchsgegner wiederum eine Noveneingabe samt Beilagen einreichen (Urk. 55; Urk. 56/1–2). Sie wurde der Gesuchstellerin am 10. Juni 2022 zugestellt (Prot. II S. 10). Mit Eingabe vom 29. Juni 2022 zeigte Rechtsanwältin Y. _____ an, dass sie die Interessen des Gesuchsgegners nicht mehr vertrete (Urk. 59).

3. Das Verfahren erweist sich als spruchreif, was den Parteien mit Verfügung vom 27. Juni 2022 bereits angezeigt wurde (Urk. 58).

II.

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Auf den Eventualantrag ist nicht einzutreten (vgl. E. III. 6). Mit dem

Hauptantrag nicht angefochten sind die Dispositivziffern 1 (Getrenntleben), 5 (Abweisung Antrag Überweisung Bankguthaben), 6 (Kontaktverbot) und 7 (Rayonverbot) des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 31 S. 29–31). Diese Ziffern sind somit in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist. Auf die Vorbringen der Parteien, welche im Zusammenhang mit den in Rechtskraft erwachsenen Kontakt- und Rayonverboten (Dispositivziffern 6 und 7) stehen (Urk. 30 S. 4, Urk. 38 Rz. 11 f.; Urk. 51), braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden. Die Einhaltung dieser Verbote bildet nicht Gegenstand dieses Berufungsverfahrens.

2. 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). Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Berufungsschrift hinreichend genau aufgezeigt wird, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5; BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.). Soweit eine Beanstandung vorge-

tragen wird, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO); sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung der Vorinstanz gebunden. In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1).

3. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch zulässig respektive zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Alles, was relevant ist, ist grundsätzlich rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (siehe ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 10). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel vorbringt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für deren Zulässigkeit (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 7; BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1). Neu im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO ist eine Tatsache nicht nur dann, wenn sie der Geltendmachung eines gänzlich neuen Standpunkts in tatsächlicher Hinsicht dient, sondern auch dann, wenn die novenwillige Partei damit eine bereits vor erster Instanz vorgetragene Behauptung (nachträglich) substantiiert bzw. substantiiert behauptet (BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 6.2.3). Ebenso stellen (erstmalige) Bestreitungen Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar (CHK-Sutter-Somm/Seiler ZPO 317 N 5 m.w.H.). Art. 317 Abs. 1 ZPO ist auch in Verfahren, die wie vorliegend der eingeschränkten Untersuchungsmaxime unterstehen, zu beachten (BGE 138 III 625 E. 2.2; BGE 142 III 413 E. 2.2.2).

III.

1. Mit seinen Hauptanträgen verlangt der Gesuchsgegner die Aufhebung der Dispositivziffern 2 (Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin), 3 (Grundlagen der Unterhaltsberechnung), 4 (Herausgabe von Gegenständen), 8 (Prozesskostenbei-

trag), 10 (Auferlegung der Gerichtskosten) sowie 11 (Parteientschädigung). Zudem beantragt er die Feststellung, dass sich die Parteien keinen ehelichen Unterhalt schulden (Urk. 30 S. 2). Damit stellt der Gesuchsgegner – mit Ausnahme seines Antrags bezüglich des Unterhalts (Berufungsbegehren-Ziffer 3) – keine Anträge in der Sache, sondern beantragt lediglich die Aufhebung der entsprechenden Dispositivziffern, was grundsätzlich nicht genügt (vgl. dazu BGE 133 III 489 E. 3.1). Auf eine Berufung mit einem formell mangelhaften Rechtsbegehren ist ausnahmsweise einzutreten, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was in der Sache verlangt wird. Entsprechend sind Rechtsbegehren im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 6. 2 m.w.H.). Vorliegend geht aus der Begründung hervor, dass der Gesuchsgegner die Herausgabe der Gegenstände für nicht angemessen hält, bzw. geltend macht, nicht im Besitze der Gegenstände zu sein (Urk. 30 S. 4 f.). Folglich beantragt er die Abweisung des Antrags auf Herausgabe der Gegenstände. Auch aus der Begründung zum Prozesskostenbeitrag ergibt sich, dass er diesen für nicht gerechtfertigt hält (Urk. 30 S. 9 f.), womit er um Abweisung des Antrags auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags ersucht. Bezüglich den Kosten- und Entschädigungsfolgen braucht es keinen separaten Antrag, da die Überprüfung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung im Berufungsantrag auf Überprüfung der Hauptsache ohne weiteres enthalten ist, da je nach Ausgang des Berufungsverfahrens auch die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu ändern ist (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 23, m.w.H.). Es liegen damit genügende Rechtsbegehren vor.

2. In seiner Berufungsschrift (Urk. 30) stützt der Gesuchsgegner seine Hauptanträge auf Tatsachen und Beweismittel, welche bereits vor Vorinstanz hätten vorgebracht werden können (vgl. Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies betrifft seine Ausführungen zu den Schlüsseln des Massagestudios und den weiteren Gegenständen (Urk. 30 S. 4 f.), den Pandemie Corona-Geldern, der Erwerbstätigkeit der Gesuchstellerin im Massagestudio (Urk. 30 S. 6), dem Nachsteuerverfahren (Urk. 30 S. 7), dem Grundbetrag und den Wohnkosten der Gesuchstellerin (Urk. 30 S. 7), dem Grundbetrag des Gesuchsgegners (Urk. 30 S. 8), der Erwerbstätigkeit des Gesuchsgegners (Urk. 30 S. 8 f.) und dem Prozesskostenbei-

trag (Urk. 30 S. 9 f.) sowie die eingereichten Beweismittel Urk. 34/5–17. Zur Zulässigkeit dieser unechten Noven äussert sich der Gesuchsgegner nicht. Seine Ausführungen zu den Eventualanträgen (Urk. 30 S. 11) können jedenfalls nicht als Begründung für die Zulässigkeit der Noven in den Hauptanträgen herangezogen werden, denn ein Eventualantrag ist nur für den Fall der Abweisung eines Hauptantrages zu behandeln. Selbst wenn man diese berücksichtigen würde, vermöchte die Eventualbegründung jedoch nicht zu überzeugen, was nachfolgend zu zeigen sein wird (unten E. III. 6). Die Ausführungen des Gesuchsgegners zu den Hauptanträgen in seiner Berufungsschrift (Urk. 30 S. 5–10) sowie die entsprechenden Beweismittel (Urk. 34/5–17) haben daher im vorliegenden Verfahren aufgrund des Novenverbots unberücksichtigt zu bleiben. Eine weitere Auseinandersetzung erübrigt sich damit. Selbiges gilt für die diesbezüglichen Ausführungen der Gesuchstellerin in der Berufungsantwort (Urk. 38 Rz. 11–16).

3. Mit Eingabe vom 5. Mai 2022 machte der Gesuchsgegner neu geltend, seit dem 30. März 2022 krank und zu 100% arbeitsunfähig zu sein. Es sei davon auszugehen, dass er in seinen Beruf als Lehrer vermutlich gar nicht mehr zurückkehren könne (Urk. 48). Als Beweismittel reichte er drei Arztzeugnisse ein, datierend vom 29. März 2022, 5. April 2022 sowie 26. April 2022, welche für jeweils 12 bzw. 15 bzw. 13 Tage eine 100% Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit über den Gesamtzeitraum vom 30. März 2022 bis und mit 8. Mai 2022 bestätigen (Urk. 49/1). Mit Eingabe vom 8. Juni 2022 (Urk. 55) reichte der Gesuchsgegner zwei weitere Arztzeugnisse, datierend vom 10. Mai 2022 und 31. Mai 2022 ein, die ihm eine 100% Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit über den Zeitraum vom 9. Mai 2022 bis und mit 27. Juni 2022 attestieren (Urk. 56/1–2). Hierzu führte der Gesuchsgegner aus, dass die Aufnahme seiner bisherigen Tätigkeit als Lehrer bis auf Weiteres ausgeschlossen sei (Urk. 55).

4. Bei diesen neuen Behauptungen handelt es sich grundsätzlich um zulässige Noven. Der Gesuchsgegner unterlässt jedoch jegliche Ausführungen dazu, welche Auswirkungen diese auf den vorinstanzlichen Entscheid, insbesondere auf seine Leistungsfähigkeit und Unterhaltspflicht haben sollten. Damit kommt er seiner Begründungspflicht nicht ausreichend nach (dazu oben E. II. 2.). Es reicht

auch nicht aus, lediglich die Vermutung zu äussern, nicht mehr im bisherigen Beruf weiterarbeiten zu können. Auch schliesst dies eine anderweitige Arbeitstätigkeit nicht aus. Eine dauernde Arbeitsunfähigkeit ist somit nicht glaubhaft gemacht. Zudem wären allfällige Erwerb ersatzeinkommen (ALV, IV, AHV) zu beachten. Auch ein dauerhafter Wegfall der Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners ist daher nicht glaubhaft. Demzufolge vermögen auch diese Ausführungen des Gesuchsgegners nichts am vorinstanzlichen Entscheid zu ändern.

5. Zusammenfassend sind die Hauptanträge des Gesuchsgegners abzuweisen, soweit überhaupt auf sie einzutreten ist.

6. Was den Eventualantrag des Gesuchsgegners betrifft, es sei das Urteil der Vorinstanz ersatzlos aufzuheben und das Verfahren zur Durchführung einer ordentlichen Verhandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unterliess es der Gesuchsgegner – wie die Gesuchstellerin zu Recht feststellte (Urk. 38 Rz. 7) –, auch die Verfügung der Vorinstanz vom 13. Dezember 2021 anzufechten, mit welcher die Vorinstanz das Gesuch um (nachträgliche) Verschiebung der Verhandlung vom 26. Oktober 2021 abgewiesen hatte (vgl. Urk. 31 S. 28). Lediglich aus seiner Begründung geht hervor, dass der Gesuchsgegner der Ansicht ist, dass das Verschiebungsgesuch zu Unrecht abgewiesen worden sei (Urk. 30 S. 11). Dies genügt jedoch nicht, zumal der Gesuchsgegner im damaligen Zeitpunkt noch anwaltlich vertreten war. Auf den Eventualantrag wäre bereits aus diesem Grund nicht einzutreten. Der Gesuchsgegner setzt sich aber auch nicht mit der ausführlichen Begründung der Vorinstanz auseinander, weshalb sie das Gesuch abwies und den geltend gemachten Verschiebungsgrund "Krankheit" als nicht glaubhaft erachtete (Urk. 31 S. 5–10). In seiner Berufungsschrift lässt der Gesuchsgegner lediglich ausführen, es erscheine etwas eigenartig, wenn die Vorinstanz geltend mache, der Grund für die Krankheit und den Antrag der Verschiebung sei nicht geltend [wohl eher gemeint: glaubhaft, vgl. Urk. 31 S. 10] gemacht worden. Der Gesuchsgegner sei bei einem ordentlichen Arzt gewesen, der unter dem Arztgeheimnis stehe, weshalb Rechtsanwältin Y. _____ gar keine Details zum Krankheitsgrad hätte mitteilen können. Zudem seien seiner Rechtsvertreterin die Akten im Vorfeld der Verhandlung gar nie zugestellt worden. Eben so wenig sei eine

formelle Vorladung von Rechtsanwältin Y._____ erfolgt (Urk. 30 S. 11). Damit wiederholt der Gesuchsgegner im Wesentlichen, was er bereits in seiner Stellungnahme vom 16. November 2021 (Urk. 25 S. 2) vor Vorinstanz vortrug. Dies genügt den Begründungsanforderungen nicht (dazu oben E. II. 2). Der Gesuchsgegner hätte Dr. med. F._____ vom Arztgeheimnis entbinden oder selbst gegenüber seiner Rechtsvertreterin die Hintergründe der Krankheit erläutern können, was in seinem eigenen Interesse gewesen wäre. In Anbetracht der Vorgeschichte des Verschiebungsgesuchs vom 25. Oktober 2021 ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz genauere Informationen zur eintägigen, genau auf den Verhandlungstag fallenden Krankheit des Gesuchsgegners verlangte. Sodann kann dem Gesuchsgegner nicht gefolgert werden, wenn er moniert, seine Rechtsvertreterin sei nie formell vorgeladen worden. Rechtsanwältin Y._____ wurde vom Gesuchsgegner am 27. September 2021 mit seiner Interessenswahrung beauftragt (Urk. 10). Zu diesem Zeitpunkt war die Vorladung den Parteien bereits zugestellt worden; dem Gesuchsgegner am 9. September 2021 (Urk. 7). Es war am Gesuchsgegner, seine Rechtsvertreterin über den Verhandlungstermin zu informieren, was dieser offensichtlich auch tat. Eine formelle Vorladung an Rechtsanwältin Y._____ musste nicht erfolgen. Des Weiteren ist auch nicht ersichtlich, was der Gesuchsgegner bzw. seine Rechtsvertreterin bezwecken möchte, wenn sie bemängeln, dass Rechtsanwältin Y._____ die Verfahrensakten vor der Hauptverhandlung nie zugestellt erhalten habe. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, hätte sie zur Verhandlung erscheinen müssen. Im Übrigen wurde Rechtsanwältin Y._____ bereits am 27. September 2021 mandatiert (Urk. 10) und hätte damit genügend Zeit gehabt, um Akteneinsicht zu verlangen. Dass sie dies – soweit aus den Akten ersichtlich (vgl. Urk. 10) – erst am 22. Oktober 2021, mithin vier Tage vor dem Verhandlungstermin tat, liegt in ihrer eigenen Verantwortung. Auch mit der weiteren Begründung der Vorinstanz setzt sich der Gesuchsgegner nicht auseinander: So erwog diese, dass selbst wenn von einem ausreichenden Verhinderungsgrund auszugehen gewesen wäre, die Rechtsvertretung des Gesuchsgegners gleichwohl gehalten gewesen wäre, zur Verhandlung zu erscheinen, zumal die Verhandlung noch nicht verschoben worden sei und allenfalls Alternativen zur Verschiebung bestanden hätten. Rechtsanwältin Y._____ hätte nie davon ausge-

hen dürfen, dass die Verhandlung verschoben würde (Urk. 31 S. 10). Hierzu äussert sich der Gesuchsgegner in der Berufungsschrift nicht. Die vorinstanzlichen Ausführungen sind nicht zu beanstanden. Nach Eingang des Verschiebungsgesuchs am 25. Oktober 2021 nahm die Vorinstanz umgehend Kontakt mit der Kanzlei von Rechtsanwältin Y._____ auf und wies ausdrücklich darauf hin, dass die Verhandlung stattfinden werde, zumal bislang die Verhandlungsunfähigkeit des Gesuchsgegners nicht belegt sei (Urk. 15A). Das Arztzeugnis ging am Verhandlungstag am 26. Oktober 2021 per Mail um 08.25 Uhr ein (Urk. 17), mithin 35 Minuten vor Verhandlungsbeginn (Urk. 5). Von einer Behandlung und Gutheissung des Verschiebungsgesuchs in dieser kurzen Zeit durfte Rechtsanwältin Y._____ nicht ausgehen. Nach dem Gesagten sind auch die Eventualanträge des Gesuchsgegners abzuweisen, soweit überhaupt auf sie einzutreten ist.

IV.

1. Da die Berufung abzuweisen ist, ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv zu bestätigen (Art. 318 Abs. 3 ZPO e contrario).
2. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Gesuchsgegner als unterliegender Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.
3. Der Gesuchstellerin ist bei diesem Ausgang des Verfahrens antragsgemäss (Urk. 38 S. 1) eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). In Anwendung von § 5 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 3, § 9, § 11 Abs. 1–3 und § 13 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV ist diese auf Fr. 1'500.– zzgl. 7.7% MwSt. und damit insgesamt auf Fr. 1'615.50 festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 13. Dezember 2021, hinsichtlich Dispositivziffern 1, 5, 6 und 7 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung des Gesuchsgegners wird abgewiesen und die Dispositivziffern 2, 3, 4, 8, 9, 10 und 11 des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 13. Dezember 2021 werden bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'615.50 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 11. Juli 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Paszehr

versandt am:
ip