

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB160050-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber lic. iur. L. Casciaro

## Beschluss vom 17. März 2017

in Sachen

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

Beklagte und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Kläger und Berufungsbeklagter

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 22. Juni 2016 (CG150001-A)**

### **Rechtsbegehren:**

#### **" Klägerisches Rechtsbegehren (sinngemäss, Urk. 3 S. 2):**

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger die noch ausstehenden Mietzinsbeträge seit dem 1. Januar 2012 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, die Darlehen für Güter und Ferienreisen zurück zu erstatten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.
4. Gerichtliche Rückstellung der erwarteten Zahlung an die Beklagte aus dem kommenden Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Affoltern A'.\_\_\_\_\_ vs. A.\_\_\_\_\_ in der Höhe des Streitwerts von Fr. 34'197.60 bis in dieser Sache ein Rechtsurteil entstanden ist.

#### **Beklagtisches Rechtsbegehren (Urk. 13 S. 2):**

- "1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. [...]
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers."

#### **Anlässlich der Hauptverhandlung ergänztes beklagtisches Rechtsbegehren (Prot. I S. 10):**

"Eventualiter sei für den Fall der Gutheissung oder Teilgutheissung der klägerischen Forderung zugunsten der Beklagten eine Gegenforderung im Umfang von mindestens Fr. 29'620.– anzurechnen und mit der klägerischen Forderung zu verrechnen."

#### **Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 22. Juni 2016:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 21'431.– zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Der Antrag des Klägers auf Sicherheitshandhabung wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühren wird festgesetzt auf:

Fr. 4'286.– ; die weiteren Gerichtskosten betragen:

Fr. 550.– Kosten des Schlichtungsverfahrens

4. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Kosten für das Schlichtungsverfahren in der Höhe von Fr. 550.– durch den Kläger bezahlt worden sind, wobei der Kostenanteil der Beklagten in der Höhe von Fr. 344.– von den Gesamtkosten des Klägers in Abzug gebracht wird.
5. Die Gerichtskosten (inkl. Kosten des Schlichtungsverfahrens) werden ausgangsgemäss dem Kläger zu 3/8, wobei bei ihm der Kostenanteil der Beklagten an den Kosten des Schlichtungsverfahrens in Abzug gebracht wird (entsprechend Fr. 1'469.–), und der Beklagten zu 5/8 (entsprechend Fr. 3'023.–) auferlegt. Der Anteil der Beklagten wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Beklagte wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen. Der Anteil des Klägers wird vom geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'286.– bezogen.
6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Gerichtsurkunde resp. Empfangsschein.
8. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

### **Berufungsanträge:**

der Berufungsklägerin und Beklagten (Urk. 35 S. 2; Urk. 38):

- "1. Ziff. 1., 4., 5. und 6. mit Erkenntnis des Urteils des Bezirksgerichts Affoltern vom 22. Juni 2016 seien aufzuheben und es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung und vollständigen Beweisabnahme an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Der Beklagten sei für das vorliegende Rechtsmittelverfahren die vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihr der unterzeichnete Rechtsanwalt als unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben. Es sei der Beklagten eine Frist von 14 Tagen zur Einreichung des UR-Formulars inkl. den Belegen zu gewähren.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers sowohl im erst- als auch im zweitinstanzlichen Verfahren."

des Klägers und Berufungsbeklagten:

keine Berufungsantwort eingereicht

### **Erwägungen:**

1. Die Parteien waren seit 2009 ein Paar und haben ab dem 1. Januar 2012 in einem gemeinsamen Haushalt gelebt. Die Beklagte ist invalid und hatte seit 1. Dezember 2010 Anspruch auf eine volle IV-Rente sowie später auch auf Ergänzungsleistungen. Der Kläger war daher weitgehend für den Lebensunterhalt der Parteien aufgekommen. So ist insbesondere unbestritten, dass der Kläger die Mietkosten in den gemeinsam bewohnten Wohnungen für die Zeit vom 1. Januar 2012 bis 28. Februar 2014 (Auszug der Beklagten) übernommen hat, der Beklagten und ihren Kindern Ferien in der Höhe von Fr. 3'431.– bezahlt sowie für diese verschiedene Rechnungen (Steuern, Autokauf mit Eintausch etc.) beglichen hat. Die Parteien stimmen zudem überein, dass die Beklagte bis und mit 19. April 2013 alle ausstehenden Schulden gegenüber dem Kläger bis auf einen Betrag von Fr. 793.25 getilgt hat.

Strittig ist hingegen, wie die nach dem 19. April 2013 entstandenen Forderungen des Klägers zu qualifizieren sind. Während der Kläger von rückerstattungspflichtigen Darlehen gemäss Art. 312 ff. OR sowie einer hälftigen Beteiligung der Beklagten an den Mietzinszahlungen ausgeht, beruft sich die Beklagte auf Schenkungen nach Art. 239 ff. OR respektive freiwillige Zahlungen ohne Rechtsgrundlage und bringt bezüglich hälftiger Beteiligung an den Mietzinsen vor, dass die Parteien eine klassische Rollenteilung gelebt hätten, wonach der Kläger den Mietzins für die gemeinsam bewohnte Wohnung bezahle und die Beklagte dafür den gesamten Haushalt verrichte, und macht zudem – für den Fall der Gutheissung oder Teilgutheissung der klägerischen Forderung – eine Verrechnungsforderung i.S.v. Art. 120 ff. OR für von ihr erbrachte Haushaltsleistungen etc. geltend.

Mit Urteil vom 22. Juni 2016 wurde die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 21'431.– zu bezahlen, nämlich Fr. 18'000.– Rückerstattung Mietzinse (20 Monate à Fr. 900.–; Urk. 36 S. 21) sowie Fr. 3'431.– Rückerstattung Urlaubskosten (Urk. 36 S. 25). Im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen, ebenso der Antrag des Klägers auf Sicherheitshandhabung. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen wurden entsprechend dem Ausgang des Verfahrens geregelt (Urk. 36).

2. Gegen dieses Urteil erhoben beide Parteien rechtzeitig Berufung. Die vom Kläger erhobene Berufung wurde mit Urteil und Beschluss vom 23. Dezember 2016 abgewiesen (Urk. 50/41). Die Akten jenes Berufungsverfahrens (LB160044) wurden im vorliegenden Verfahren beigezogen (Urk. 50).

Die Beklagte erhob am 30. August 2016 rechtzeitig Berufung gegen das genannte Urteil der Vorinstanz und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 35). Mit Verfügung vom 2. September 2016 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu ergänzen und zu belegen (Urk. 37). Innert Frist reichte die Beklagte mit Eingabe vom 20. September 2016 ergänzende Angaben und Belege zu ihrem Armenrechtsgesuch ein (Urk. 40, 40A und 42/1-17). In der Folge wurde das Armenrechtsgesuch der Beklagten mit Beschluss vom 12. Oktober 2016 abgewiesen und der Beklagten gleichzeitig Frist angesetzt, um einen Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 3'200.– zu bezahlen (Urk. 44). Dieser ging rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein

(Urk. 45). Mit Verfügung vom 23. Dezember 2016 wurde dem Kläger und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) Frist angesetzt, um die Berufung der Beklagten zu beantworten (Urk. 49). In der Folge ging keine Berufungsantwort ein. Das Verfahren ist spruchreif.

3. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte hat gegen die Dispositivziffern 1, 4, 5, und 6 Berufung erhoben, so dass die übrigen Dispositivziffern (Ziff. 2 und 3) unangefochten blieben und mit Ablauf der Frist zur Einreichung der Berufungsantwort am 4. Februar 2017 in Rechtskraft erwachsen sind. Aufgrund des Rechtsbegehrens der Beklagten im Berufungsverfahren, wonach sie die vollumfängliche Abweisung der Klage beantragt (Urk. 38), ist davon auszugehen, dass sie Dispositivziffer 1 nur insoweit anfocht, als sie darin verpflichtet wurde, dem Kläger Fr. 21'431.– zu bezahlen. Die Abweisung der Klage im Mehrbetrag wurde jedoch sinngemäss nicht angefochten und ist daher ebenfalls in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

An der vor Vorinstanz geltend gemachten Verrechnungsforderung hielt die Beklagte im Berufungsverfahren nicht mehr fest (Urk. 35).

## II.

1.a) Der Kläger hatte vor Vorinstanz gegenüber der Beklagten eine Forderung aus Mietvertrag geltend gemacht, indem er verlangte, dass sie ihm die Hälfte der seit 19. April 2013 unbestrittenermassen (Urk. 36 S. 19) stets von ihm bezahlten Mietzinse zurückerstatten müsse. Die Vorinstanz hielt fest, dass die Parteien den Mietvertrag für die gemeinsam bewohnte Wohnung in C. \_\_\_\_\_ unbestrittenermassen gemeinsam abgeschlossen hätten. Gegenüber der Vermieterin, also im Aussenverhältnis, sei daher von einer Solidarschuldnerschaft im Sinne von Art. 143 Abs. 1 OR auszugehen. Die Vermietern habe sich wegen der Bezahlung des Mietzinses wahlweise an den einen oder andern Schuldner halten können (Urk. 36 S. 14). Im Innenverhältnis hätten die Parteien keine schriftliche Abmachung bezüglich der Pflicht zur Zahlung des Mietzinses getroffen. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass sich die Parteien nicht zu einer umfassenden Lebensge-

meinschaft zusammengeschlossen hätten, sondern lediglich zum Zwecke des gemeinsamen Wohnens und Haushaltens. Diesbezüglich habe zwischen den Parteien eine einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 OR bestanden. Demnach würden die Rückforderungsbestimmungen von Art. 148 Abs. 2 OR zur Anwendung gelangen. Danach würden die Solidarschuldner in der Regel zu gleichen Teilen haften, wenn sich aus dem Rechtsverhältnis unter den Solidarschuldnern nicht etwas anderes ergebe. Der Schuldner, der sich auf eine solche abweichende Vereinbarung stütze, müsse sie beweisen (Urk. 36 S. 14 ff.). Diesen vorinstanzlichen Ausführungen ist beizupflichten. Die Beklagte ging ebenfalls davon aus, dass zwischen den Parteien eine einfache Gesellschaft bestanden habe (Urk. 35 S. 5).

Die Vorinstanz ging deshalb zu Recht davon aus, dass der Kläger grundsätzlich Rückgriff im Umfang des von ihm zu viel bezahlten Mietzinsanteils auf die Beklagte nehmen könne, ausser die Parteien hätten eine andere als die hälftige Beteiligung am Mietzins vereinbart. Dies habe die Beklagte zu beweisen. Die Beklagte habe sich auf den Standpunkt gestellt, dass die Parteien nur im Aussenverhältnis solidarisch gehaftet hätten. Im internen Verhältnis sei vereinbart gewesen, dass ihr Anteil an der Miete durch die Besorgung des gemeinsamen Haushaltes, die Bezahlung der Einkäufe sowie durch Fahrdienste für den Kläger abgegolten sei. In ihrem Scheidungsverfahren habe die Beklagte jedoch Wohnkosten in der Höhe von Fr. 900.– pro Monat geltend gemacht. Es sei davon auszugehen, dass diese Position in der Bedarfsrechnung (im Scheidungsverfahren) nur dann berücksichtigt werde, wenn die dafür eingesetzten Beträge auch tatsächlich bezahlt würden. Nach Treu und Glauben sei daher anzunehmen, dass bei der Beklagten auch tatsächlich Mietkosten in der Höhe von Fr. 900.– pro Monat angefallen seien - welche im Übrigen auch dem hälftigen Mietzins für die Wohnung in C.\_\_\_\_\_ entsprochen hätten - und von der Beklagten auch bezahlt worden seien. Es müsse deshalb davon ausgegangen werden, dass die Parteien die je hälftige Bezahlung des Mietzinses vereinbart hätten (Urk. 36 S. 18 f.).

Die Vorinstanz ging demnach davon aus, dass die Beklagte den Beweis dafür, wonach die Parteien im Innenverhältnis vereinbart hätten, dass der Kläger

den gesamten Mietzins übernehme und sich die Beklagte daran nicht beteiligen müsse, nicht habe erbringen können (Urk. 36 S. 19).

b) Die Beklagte machte in ihrer Berufungsbegründung geltend, dass diese Auffassung rechtlich nicht haltbar sei. Die Parteien hätten im Innenverhältnis ein Austauschverhältnis vereinbart, indem der Kläger den Mietzins bezahlt und die Beklagte im Gegenzug den gesamten Haushalt besorgt, sämtliche Einkäufe getätigt und mehrmals wöchentlich für den Kläger Fahrdienste geleistet habe. Dies habe die Beklagte anlässlich ihrer Parteibefragung unter Wahrheitspflicht so bestätigt (Urk. 35 S. 5 mit Verweis auf Prot. I S. 17 ff., 21). Es sei vom Kläger im Rahmen der Parteibefragung auch nicht bestritten worden (Urk. 35 S. 5). Die Vorinstanz habe dies auch so festgehalten. Dies ist insoweit nicht zutreffend, als die Vorinstanz lediglich festhielt, dass der Kläger die Wohnkosten bezahlt und die Beklagte unbestrittenermassen mindestens teilweise den Haushalt besorgt habe. Die Vorinstanz kam deshalb zum Schluss, dass die Parteien keine umfassende Lebensgemeinschaft, sondern eine einfache Gesellschaft, beschränkt auf die wirtschaftlichen Bedürfnisse des gemeinsamen Haushaltes, gebildet hätten (Urk. 36 S. 15 f.). Die Vorinstanz schloss jedoch nicht darauf - wie oben ausgeführt -, dass dies auch bedeute, dass die Parteien vereinbart hätten, dass sich die Beklagte nicht hälftig an der Bezahlung des Mietzinses beteiligen müsse (Urk. 35 S. 16 ff.). Entgegen der Auffassung der Beklagten bestritt der Kläger dies auch stets. Er machte geltend, dass es nicht zutrefte, dass die Beklagte den ganzen Haushalt gemacht und die Lebensmittel bezahlt habe. Für ihn habe niemand kochen, putzen und bügeln müssen. Er selbst habe mehr als genug für Lebensmittel ausgegeben (Urk. 23 S. 3). Diese Behauptungen wurden von der Beklagten in der Duplik nicht substantiiert bestritten (Prot. I S. 10 ff.). Im Rahmen seiner Parteibefragung wiederholte der Kläger diese Aussagen dann nochmals und dementierte, dass die Beklagte den ganzen Haushalt besorgt und die Einkäufe bezahlt habe. Er habe auch gewaschen, gekocht und geputzt. Die Beklagte habe gewaschen, jedoch nie gebügelt. Von Ende 2013 bis Februar 2014, die letzten vier Monate, habe sie Lebensmittel aus dem Volg, wo sie gearbeitet habe, mitgebracht. Ansonsten habe er die Lebensmittel bezahlt (Prot. I S. 21). Die in Aussicht gestellte IV-Rente für die Beklagte sei für ihn wie eine Versicherung gewesen, dass die



Beklagte die Miete dann auch bezahlen würde (Prot. I S. 8, 23). Er hielt auch daran fest, dass die Parteien den Mietvertrag gemeinsam unterzeichnet hätten und es vorgängig vereinbart worden sei, dass jeder die Hälfte des Mietzinses bezahle. Er hätte den Mietzins alleine nicht bezahlen können. Die Beklagte habe ihm gesagt, dass sie im Rahmen der Ergänzungsleistungen Geld für die Wohnung erhalten würde, was auch zutreffend gewesen sei (Prot. I S. 22). Dies bestätigte die Beklagte (Prot. I S. 19). Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass sich die Aussagen der Parteien widersprechen und nicht abschliessend gesagt werden kann, welche Aussagen den Tatsachen entsprechen. Die Vorinstanz wird die Parteiaussagen im Rahmen der anschliessend an das noch durchzuführende Beweisverfahren (vgl. dazu die Ausführungen weiter hinten) vorzunehmenden Beweiswürdigung zu beurteilen haben.

Entgegen der Auffassung der Beklagten geht auch aus dem Verhalten der Parteien nicht hervor, dass sie sich ihre gegenseitigen Leistungen nicht in Rechnung stellten bzw. eine diesbezügliche Abmachung bestand (Urk. 35 S. 5). Der Kläger bestritt dies explizit (Urk. 23 S. 4); er machte geltend, dass er der Beklagten lediglich diverse Geschenke gemacht und auch Schulden erlassen habe (Prot. I S. 9; Urk. 24/24). Er behauptete, dass er aber auch diverse Zahlungen für die Beklagte getätigt und sie ihm versprochen habe, alle Schulden nach der Scheidung von ihrem Ehemann zu begleichen, da sie aus der Scheidung eine grössere Summe an Geld erhalten werde (Urk. 3 S. 4; Prot. I S. 10). Die Beklagte habe in den Jahren 2010 und 2011 stets zu wenig Geld gehabt und ihn regelmässig um Geld gebeten, mit dem Versprechen, dieses später zurückzuzahlen (Urk. 23 S. 2). Es ist unbestritten, dass die Beklagte dem Kläger bis auf einen Restbetrag von Fr. 793.– sämtliche Rückstände per 19. April 2013, nämlich Fr. 23'700.–, zurückbezahlte (Urk. 4/15 und 4/17; Prot. I S. 9, 12, S. 23). Die Beklagte führte dazu aus, dass der Kläger ihretwegen viele Auslagen getätigt und sie deswegen auch ein schlechtes Gewissen gehabt habe (Prot. I S. 11). Aufgrund dieser Umstände ist davon auszugehen, dass die Beklagte bezüglich dieser Auslagen entgegen anderen Angaben (Urk. 13 S. 5) doch von einer Rückzahlungspflicht ausging, ansonsten diese Rückzahlung nicht plausibel erschiene.

c) Die Beklagte kritisierte weiter, dass die Vorinstanz zum Beweis für die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung des hälftigen Mietzinses auf einen Entwurf eines Schreibens des Rechtsvertreters der Beklagten in ihrem Scheidungsverfahren vom 7. März 2013 verwiesen habe, welches an den Gegenanwalt ihres damaligen Ehemannes gerichtet gewesen sei (vgl. Urk. 24/11). Darin habe er Mietkosten von Fr. 900.– pro Monat geltend gemacht, welche im Bedarf der Beklagten zu berücksichtigen seien. Wie oben ausgeführt, stellte die Vorinstanz für die Beurteilung des Innenverhältnisses einzig auf diese Urkunde ab, um die Rückzahlungspflicht der Beklagten zu begründen und erachtete diese Urkunde offenbar als das entscheidende Beweismittel (vgl. Urk. 36 S. 18). Diese Urkunde (Urk. 24/11) war vom Kläger anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz eingereicht worden. Die Beklagte führt dazu in der Berufungsbegründung aus, dass offenkundig sei, dass sich der Kläger diese Urkunde rechtswidrig beschafft habe, weshalb sie aus dem Recht zu weisen sei. Er sei weder Partei noch Verfahrensbeteiligter gewesen. Die Beklagte habe dem Kläger auch nie Belege jenes Verfahrens ausgehändigt oder zugänglich gemacht, insbesondere auch die ins Recht gelegte Urkunde nicht. Es handle sich dabei auch lediglich um einen Entwurf eines Schreibens an die Gegenpartei. Entsprechend sei auch nicht erstellt, ob das Schreiben jemals mit diesem Inhalt der Gegenpartei zugestellt worden sei. Daraus könne nichts hinsichtlich des Innenverhältnisses zwischen den Parteien und ihrer tatsächlichen Vereinbarung abgeleitet werden (Urk. 35 S. 6 f.). Entscheidend sei vorliegend, dass die Beklagte vor Vorinstanz stets geltend gemacht habe, dass sich die Parteien ausdrücklich darüber geeinigt hätten, dass der Kläger vollumfänglich für die Mietzinszahlungen aufkomme, während die Beklagte als Gegenleistung den ganzen Haushalt verrichte, die Einkäufe tätige und bezahle sowie die zahlreichen Fahrdienste für den Kläger ausführe. Als Beweis für diese Ausführungen habe sie vor Vorinstanz die beiden Therapeuten der Parteien, D. \_\_\_\_\_ als Therapeut der Beklagten sowie E. \_\_\_\_\_ als Therapeutin des Klägers, als Zeugen offeriert. Genau diese Thematik sei nämlich Inhalt in den damaligen gemeinsamen Besprechungen zwischen den Parteien gewesen. In diesen Sitzungen habe der Kläger wiederholt erklärt, dass die beklagtischen Behauptungen zutreffend seien und er damit einverstanden sei (Urk. 35 S. 7 f.). Indem die Vorinstanz die

von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel nicht abgenommen habe, habe sie ihr das Recht auf Beweis verweigert (Urk. 35 S. 8).

Dieser Einwand der Beklagten ist berechtigt. Die Beklagte anerkannte, dass sie von der Vorinstanz bezüglich dieser Thematik zu Recht als beweisbelastete Partei erachtet wurde (Urk. 35 S. 8). Jede beweisbelastete Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Es handelt sich bei diesem Beweisanspruch um das Korrelat zur Beweislast. Denn wenn eine Partei jene Tatsachen zu beweisen hat, aus denen sie Rechte ableitet, muss ihr folgerichtig auch zugestanden werden, deren Beweis anzutreten. Das Recht auf Beweis ist ausserdem auch Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 53 ZPO und Art. 29 BV) und der Beweislastverteilungsregeln (Art. 8 ZGB; vgl. ZK ZPO-Hasenböhler, Art. 152 N 9). Die Vorinstanz hat kein Beweisverfahren durchgeführt. Sie hat, weder wie vorgeschrieben, eine Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO erlassen, noch den Parteien in anderer Weise kundgetan, dass Beweis erhoben werde, obwohl die Beklagte ihren prozessualen Pflichten nachgekommen ist, indem sie mit ihrer Klageantwort (Urk. 13 S. 3-6) die relevanten Behauptungen vorbrachte und die entsprechenden Beweismittel dazu bezeichnete (Art. 221 Abs. 1 lit. e und Abs. 2 lit. d ZPO). Dabei handelt es sich insbesondere um die genannten Zeugen, welche nach ihrer Auffassung die Absprache mit dem Kläger bezüglich der Kostentragung im Innenverhältnis bestätigen können. Auf diese Beweisofferten der Beklagten ging die Vorinstanz nicht ein. Ausserdem hat sie willkürlich auf das vom Kläger eingereichte, oben erwähnte Schreiben des Rechtsvertreters der Beklagten in ihrem Scheidungsverfahren abgestellt, ohne dass dieses formell im Rahmen einer Beweisverfügung als Beweismittel bezeichnet worden wäre. Es wird auch zu prüfen sein, ob das Schreiben als Beweismittel für die behaupteten Tatsachen überhaupt berücksichtigt werden kann, da nicht klar ist, wie es vom Kläger beschafft wurde (Art. 152 Abs. 2 ZPO). Zudem hat der Kläger das Schreiben auch ohne entsprechende konkrete Behauptungen eingereicht (vgl. Urk. 23 S. 1 Ziff. 1.3.), so dass nicht eindeutig ist, zu welchen behaupteten Tatsachen es überhaupt Beweis erbringen sollte. Der Kläger als Laie wäre dazu allenfalls zu befragen gewesen (Art. 56 ZPO). Da die Vorinstanz kein Beweisverfahren durch-

führte, konnte sich die Beklagte zu diesem möglichen Beweismittel auch nicht äussern und beispielsweise vorbringen, es sei rechtswidrig erhoben worden und im Sinne von Art. 152 Abs. 2 ZPO unbeachtlich. In diesem Sinne wurde durch dieses Vorgehen der Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beklagten verletzt. Auch bezüglich der vom Kläger bezahlten Urlaubskosten wurde kein formelles Beweisverfahren durchgeführt, obwohl die Beklagte auch dazu Beweismittel bezeichnet hatte (Urk. 13 S. 5). In der Beweisverfügung wäre auch die Parteibefragung im Sinne von Art. 191 ZPO als Beweismittel zu benennen. Zwar hatte die Vorinstanz eine formelle Parteibefragung ausserhalb eines Beweisverfahrens durchgeführt, was jedoch ungenügend ist. Allenfalls ist diese zu wiederholen. Zudem hatte sie im Anschluss an die Befragung den Parteien auch keine Gelegenheit eingeräumt, sich zu diesen Parteibefragungen zu äussern (Prot. I S. 24).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz durch ihr Vorgehen der Beklagten das Recht auf Beweis verweigert und das rechtlichen Gehör in mehrfacher Weise verletzt hat. Das angefochtene Urteil ist deshalb in den nicht in Rechtskraft erwachsenen Punkten aufzuheben und die Sache zur Durchführung des Beweisverfahrens im Sinne der obigen Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Dazu wird die Vorinstanz zunächst eine Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO zu erlassen haben, in welcher sie die von den Parteien vor Aktenschluss für bestrittene Behauptungen genannten Haupt- und Gegenbeweismittel (einschliesslich der eingereichten Urkunden) aufzuführen haben wird.

### III.

1. Vorliegend rechtfertigt es sich, die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens sowie den Entscheid über die Parteientschädigung dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten. Die Vorinstanz wird zusammen mit den vor ihr aufgelaufenen Prozesskosten nach Massgabe des endgültigen Verfahrensausgangs darüber zu entscheiden haben (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'200.– festzulegen. Es ist vorzumerken, dass die Beklagte einen Kostenvorschuss von Fr. 3'200.– geleistet hat (Urk. 44 und 45).

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1, 2 und 3 des Urteils des Bezirksgerichts Affoltern vom 22. Juni 2016 am 4. Februar 2017 in Rechtskraft erwachsen sind, Dispositivziffer 1 allerdings nur insoweit, als die Klage im Mehrbetrag abgewiesen wurde.
2. Das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 22. Juni 2016 wird in den nicht in Rechtskraft erwachsenen Dispositivziffern 1 (nur im Betrag von Fr. 21'431.–), 4, 5 und 6 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'200.– festgelegt.
4. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
5. Es wird vorgemerkt, dass die Beklagte einen Kostenvorschuss von Fr. 3'200.– geleistet hat.
6. 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.

7. 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 Be-

schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 21'431.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 17. März 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. L. Casciaro

versandt am:  
mc