

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY170017-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 27. September 2017

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch lic.iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt X2. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin Y2. _____

betreffend **Ehescheidung / Edition**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Horgen vom 11. Mai 2017; Proz. FE140113**

Rechtsbegehren:

(act. 4/82 S. 2 in Verbindung mit act. 4/137 S. 6 und act. 4/164 S. 5)

"Es seien die Beklagte und die nachstehend genannten Drittpersonen gestützt auf Art. 170 ZGB zu verpflichten, innert einer kurzen, nicht mehr erstreckbaren Frist und unter Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB folgende Auskünfte zu erteilen und alle zugehörigen Urkunden zu edieren:

[...]

53. a) Gerichtlicher Beizug des Geschäftsabschlusses (Bilanz und Erfolgsrechnung) der C._____ AG für das Geschäftsjahr 2016 (1. Oktober 2015 bis 30. September 2016) mit sämtlichen Anhängen, bei der C._____ AG, D._____ ... [Adresse].

[...]"

Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 11. Mai 2017:

(act. 4/171 = act. 5; nachfolgend zitiert als act. 5)

1. a) Der Beklagten wird in Ergänzung zur Verfügung vom 5. Mai 2017 und in Gutheissung des klägerischen Editions- und Auskunftsbegehrens Nr. 53a eine einmalige, nicht erstreckbare Frist von **14 Tagen** ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um dem Gericht folgende Urkunde einzureichen:
 - Geschäftsabschluss (Bilanz und Erfolgsrechnung) der C._____ AG für das Geschäftsjahr 2016 (1. Oktober 2015 bis 30. September 2016) mit sämtlichen Anhängen

- b) Weigert sich die Beklagte, diese Urkunde vorzulegen, so würdigt das Gericht dieses Verhalten gemäss Art. 164 ZPO nach freier Überzeugung. Die Beklagte wird für den Fall der Missachtung dieser Anordnung zudem auf die Strafdrohung von Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) hingewiesen, wonach mit Busse bestraft wird, wer der von einer zuständigen

Behörde oder einem zuständigen Beamten an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet.

2. Die Kosten dieser Verfügung fallen ausser Ansatz.

3./4. [Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 2 S. 2):

- "1. Der Entscheid des Bezirksgerichts Horgen vom 11. Mai 2017 sei aus formellen Gründen aufzuheben.
2. Eventualiter sei der Entscheid des Bezirksgerichts Horgen vom 11. Mai 2017 aus materiellen Gründen aufzuheben und das Auskunftsbegehren Nr. 53a des Berufungsbeklagten abzuweisen.
3. Subeventualiter sei der Berufungsklägerin eine Frist von 30 Tagen anzusetzen, um dem Bezirksgericht Horgen folgende Angaben einzureichen:
 - Ergebnis der Geschäftsperiode 1.10.2015 – 30.9.2016 und Eigenkapital per 30.9.2016 der C._____ AG
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Parteien befinden sich in einem vom Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Ehemann) beim Bezirksgericht Horgen (nachfolgend: Vorinstanz) eingeleiteten Scheidungsverfahren gestützt auf Art. 114 ZGB (act. 4/1). In diesem Verfahren stellte der Ehemann kurz nach Einreichung der Klagebegründung vom 24. September 2015 (act. 4/49) mit Eingabe vom 15. Oktober 2015 erstmals ein

Editionsbegehren (act. 4/56), das er mit Eingabe vom 4. April 2016 modifizierte (act. 4/82) und welches die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: Ehefrau) ablehnte (vgl. act. 4/71 und act. 4/90).

2. Nach Abschluss eines Teilvergleiches vom 16. August 2016 (vgl. Prot. VI S. 52, act. 4/102 und act. 4/107), einem Entscheid über die darin nicht geregelten Auskunftsbegehren in der Verfügung vom 7. Oktober 2016 (act. 4/118) und dem Eingang diverser Unterlagen der Ehefrau (vgl. etwa act. 4/106/1-8 und act. 4/116/1-6) zog der Ehemann mit Eingabe vom 21. November 2016 gewisse seiner noch aufrecht erhaltenen Editionsbegehren zurück und teilte mit, an welchen er ausdrücklich festhalte. Sodann stellte er neue Anträge, unter anderem das Begehren Nr. 53a-c (act. 4/137). Die Ehefrau nahm hierzu mit Eingabe vom 20. Februar 2017 Stellung und beantragte wiederum die vollständige Abweisung (act. 4/154), worauf der Ehemann mit Eingabe vom 5. April 2017 alle Teilbegehren bis auf Nr. 18, 19 und 53a-c zurückzog. An diesen hielt er ausdrücklich fest, wobei Nr. 53a einer Anpassung unterzogen wurde (act. 4/164). Mit Verfügung vom 5. Mai 2017 schrieb die Vorinstanz die zurückgezogenen Anträge als gegenstandslos geworden ab und hiess die verbleibenden Begehren Nr. 18, 19 und 53 unter Verpflichtung der Ehefrau zur Edition spezifisch aufgeführter Unterlagen gut. Zudem ordnete sie einen weiteren Schriftenwechsel an und setzte dem Ehemann eine Frist zum Einreichen der Replik (act. 4/166).

3. Der Ehemann teilte der Vorinstanz zunächst telefonisch und hernach mit Eingabe vom 10. Mai 2017 mit, er erachte diese Verfügung als unvollständig, da die Ehefrau nicht explizit verpflichtet werde, die Unterlagen gemäss seinem Begehren Nr. 53a zu edieren. Er ersuche um "Ergänzung/Berichtigung" der Verfügung (act. 4/169). Daraufhin verpflichtete die Vorinstanz die Ehefrau mit Verfügung vom 11. Mai 2017 "in Ergänzung zur Verfügung vom 5. Mai 2017 und in Gutheissung des klägerischen Editions- und Auskunftsbegehrens Nr. 53a" zur Einreichung weiterer Unterlagen (act. 5).

4. Diesen Entscheid focht die Ehefrau mit Eingabe vom 24. Mai 2017 fristgerecht (vgl. act. 4/172/2) bei der Kammer an, wobei sie eingangs wiedergegebene Anträge stellte (act. 2). In der Folge wurde ihr mit Verfügung vom 13. Juni 2017

Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt und die Prozessleitung delegiert (act. 6). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 10). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 4/1-175). Das Einholen einer Berufungsantwort ist nicht erforderlich (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO), das Verfahren erweist sich als spruchreif. Dem Ehemann ist zusammen mit dieser Entscheidung ein Doppel der Berufungsschrift zuzustellen.

II.

Berichtigung und rechtliches Gehör

1. Vorab stellt sich die Frage, ob der angefochtene Entscheid als Berichtigung zu qualifizieren ist. Die Vorinstanz äusserte sich in der angefochtenen Verfügung nicht explizit dazu (vgl. act. 5), die Ehefrau hingegen spricht sich klar dagegen aus. Sie ist der Ansicht, die Vorinstanz habe einen neuen Entscheid in einer bereits rechtskräftigen Sache gefällt, was unzulässig sei. Über das Auskunftsbegehren Nr. 53a, das in der angefochtenen Verfügung vom 11. Mai 2017 beurteilt worden sei, sei nämlich bereits in der rechtskräftig gewordenen Verfügung vom 5. Mai 2017 entschieden worden, indem im Dispositiv ausdrücklich festgehalten worden sei, das Editionsbegehren Nr. 53 werde gutgeheissen. Auch weil aus dem Dispositiv der angefochtenen Verfügung vom 11. Mai 2017 ausdrücklich hervorgehe, sie sei in Ergänzung zur Verfügung vom 5. Mai 2017 ergangen, stelle sie einen neuen Entscheid dar und sei keine Berichtigung im Sinne von Art. 334 ZPO. Eine Berichtigung wäre ausserdem mit Beschwerde anfechtbar, die Rechtsmittelbelehrung in der angefochtenen Verfügung vom 11. Mai 2017 erwähne jedoch die Berufung (act. 2 Rz II.4). Ohnehin wäre die Verfügung vom 5. Mai 2017 einer Berichtigung gar nicht zugänglich gewesen, weshalb eine solche nicht zulässig gewesen wäre. So sei das Auskunftsbegehren Nr. 53a schlicht nicht Bestandteil des Dispositivs. Das Dispositiv sei nicht mangelhaft, vielmehr handle es sich um einen inhaltlichen Verfügungsfehler (act. 2 Rz II.6). Aus diesen Gründen sei die angefochtene Verfügung aufzuheben (act. 2 Rz II.4 und II.6).

2.1. Gemäss Art. 334 Abs. 1 Satz 1 ZPO nimmt das Gericht auf Gesuch einer Partei oder von Amtes wegen eine Erläuterung oder Berichtigung des Entscheids vor, wenn das Dispositiv unklar, widersprüchlich oder unvollständig ist oder mit der Begründung im Widerspruch steht. Einer Berichtigung zugänglich sind grundsätzlich sämtliche Entscheide eines erstinstanzlichen Gerichts, und zwar unabhängig davon, ob sie rechtskräftig sind oder nicht (BK ZPO-Sterchi, Art. 334 N 4; BSK ZPO-Herzog, 3. Aufl. 2017, Art. 334 N 9; Schwander, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 334 N 4; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 3. Aufl. 2016, Art. 334 N 3 und 4). Berichtigt werden können nur vom Gericht bereits entschiedene Fragen, die im Urteilsdispositiv fehlerhaft ausgedrückt sind, also den Willen des Gerichts unrichtig zum Ausdruck bringen. Wurde der Wille hingegen falsch gebildet, was etwa bei falscher Rechtsanwendung oder einer fehlerhaften Beweiswürdigung der Fall ist, muss dies mit den einschlägigen Rechtsmitteln gerügt werden (BSK ZPO-Herzog, 3. Aufl. 2017, Art. 334 N 8; Schwander, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 334 N 8; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 3. Aufl. 2016, Art. 334 N 3 und 7). So kann etwa ein unvollständiges Dispositiv, also wenn das Gericht eine im Urteil entschiedene Frage im Dispositiv nicht wiedergab, mit der Berichtigung nachträglich vervollständigt werden. Materiell verändert oder ergänzt werden kann der Erstentscheid aber nicht (BSK ZPO-Herzog, 3. Aufl. 2017, Art. 334 N 6; Schwander, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 334 N 6).

2.2. Ein Entscheid über das Erläuterungs- oder Berichtigungsgesuch ist mit Beschwerde anfechtbar (Art. 334 Abs. 3 ZPO). Der erläuterte oder berichtigte Entscheid hingegen ist nach dessen Eröffnung (vgl. Art. 334 Abs. 4 ZPO) mit dem jeweils anwendbaren Hauptrechtsmittel anzufechten (BK ZPO-Sterchi, Art. 334 N 13; BSK ZPO-Herzog, 3. Aufl. 2017, Art. 334 N 16; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 3. Aufl. 2016, Art. 334 N 9 und 14), wobei die Rechtsmittelfrist ab Zustellung des korrigierten Entscheides neu zu laufen beginnt. Zu beachten ist, dass sich das gegen den korrigierten Entscheid gerichtete Rechtsmittel auf den Gegenstand der Berichtigung beschränkt, der nicht betroffene Teil des Erstentscheides kann nicht nochmals angefochten werden (BSK ZPO-Herzog, 3. Aufl. 2017, Art. 334 N 17; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 3. Aufl. 2016, Art. 334 N 9 und 14; vgl. auch BGE 117 II 508 E. 1a).

3.1. In der Verfügung vom 5. Mai 2017 wurde erwogen, das gesamte Begehren Nr. 53 sei gutzuheissen, also sowohl das Begehren Nr. 53a als auch die Anträge Nr. 53b und 53c – letztere mit einem vorliegend unbedeutenden Vorbehalt (act. 4/166 E. 3.2.3 und 3.3.3). Aus einer Erwägung zu den Begehren Nr. 53b und 53c, die auch für das Begehren Nr. 53a gilt (vgl. act. 4/166 E. 3.4 und ferner act. 5 E. 3; dies allerdings entgegen den ursprünglichen Überlegungen zum Begehren Nr. 53a, vgl. act. 4/166 E. 3.2.3), ergibt sich sodann, dass die Edition der fraglichen Unterlagen nicht durch die C._____ AG, sondern durch die Ehefrau erfolgen solle (act. 4/166 E. 3.3.3 i.V.m. E. 3.4, vgl. auch act. 5 E. 3). Die entsprechende Dispositiv-Ziffer 2 lautet wie folgt:

"2. a) Der Beklagten wird in Gutheissung der klägerischen Editions- und Auskunftsbegehren Nr. 18, 19 und 53 eine einmalige, nicht erstreckbare Frist von **14 Tagen** ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um dem Gericht folgende Urkunden einzureichen:

- vollständiger Kontoauszug des E._____ Bank Privatkontos, lautend auf die Beklagte (Konto-Nr. 1) für die Zeit vom 1. Januar 1999 bis 31. Dezember 1999,
- vollständiger Kontoauszug des E._____ Bank Sparkontos, lautend auf die Beklagte (Konto-Nr. 2) für die Zeit vom 1. Januar 1999 bis 31. Dezember 1999,
- sämtliche Kontoblätter der C._____ AG (mit Ausweis der Gegenbuchungen) der Fremdkapitalpositionen "Vorauszahlungen von Kunden", "Verbindlichkeiten Strategie Consulting" sowie "Abgrenzung (Liquidations) Projekte" (ohne zugehörige Buchungsbelege) für das Geschäftsjahr 2016 (1. Oktober 2015 bis 30. September 2016).

b) Weigert sich die Beklagte, eine dieser Urkunden vorzulegen, so würdigt das Gericht dieses Verhalten gemäss Art. 164 ZPO nach freier Überzeugung. Die Beklagte wird für den Fall der Missachtung dieser Anordnung zu-

dem auf die Strafdrohung von Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) hingewiesen, wonach mit Busse bestraft wird, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet."

Die Unterlagen des Begehrens Nr. 53a wurden darin also – anders als diejenigen der Begehren Nr. 53b und 53c (vgl. act. 4/164 S. 5) – nicht aufgeführt. Die Vorinstanz hielt dazu in der Verfügung vom 11. Mai 2017 fest, dies sei versehentlich vergessen worden. Unter Verweis auf die Erwägungen in der Verfügung vom 5. Mai 2017, wonach das Begehren Nr. 53a gutzuheissen sei, sei die Verfügung vom 5. Mai 2017 zu ergänzen (act. 5 E. 3). In Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 11. Mai 2017 wurde demnach der Ehefrau eine 14-tägige Frist angesetzt, um der Vorinstanz den Geschäftsabschluss (Bilanz und Erfolgsrechnung) der C._____ AG für das Geschäftsjahr 2016 (1. Oktober 2015 bis 30. September 2016) mit sämtlichen Anhängen einzureichen, wobei für den Fall der Weigerung dieselbe Androhung wie schon in der Verfügung vom 5. Mai 2017 aufgenommen wurde (act. 5).

3.2. Es ist der Ehefrau dahingehend zuzustimmen, dass in der Verfügung vom 5. Mai 2017 das Begehren Nr. 53a behandelt und darüber entschieden wurde, wobei Entsprechendes mit der Guttheissung des Begehrens Nr. 53 auch im Dispositiv festgehalten wurde. Wenn die Ehefrau an anderer Stelle ihrer Berufungsschrift unzutreffenderweise behauptet, das Begehren Nr. 53a sei nicht Bestandteil des Dispositivs, argumentiert sie insoweit widersprüchlich. Richtig ist bloss, dass die mit dem Antrag Nr. 53a verlangten Unterlagen nicht im Dispositiv enthalten sind. Angesichts des aus den Erwägungen hervorgehenden Willens der Vorinstanz und auch der expliziten Guttheissung des Begehrens Nr. 53 im Dispositiv ist dieses folglich unvollständig. Diesen Mangel behob die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vom 11. Mai 2017, indem sie die Edition der verlangten Unterlagen explizit ins Dispositiv aufnahm. Damit fällt sie weder einen neuen Entscheid noch korrigierte sie einen Fehler in ihrer Willensbildung, vielmehr bildete sie bloss ihren bereits zuvor gefassten Entschluss noch im Dispositiv ab. Eine

derartige Ergänzung ist entgegen der Ansicht der Ehefrau zulässig und stellt eine Berichtigung im Sinne von Art. 334 ZPO dar.

3.3. Dagegen spricht auch nicht die von der Vorinstanz aufgeführte Rechtsmittelbelehrung. Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich nicht um einen Entscheid über das Berichtigungsgesuch selbst, der mit Beschwerde anfechtbar gewesen wäre. Vielmehr stellt der Entscheid die direkte Vornahme der Berichtigung dar, weshalb er mit dem Hauptrechtsmittel angefochten werden muss. Dabei handelt es sich – wie die Vorinstanz richtig belehrte – um die Berufung, weil es in der angefochtenen Verfügung um die Beurteilung des Auskunftsanspruches nach von Art. 170 ZGB im Sinne eines Teilentscheides geht, und der Streitwert über Fr. 10'000.– liegt (vgl. Art. 308 ZPO und E. IV.2). Die Ehefrau bestreitet dies im Übrigen nicht. Dass die Frist zur Erhebung eines Rechtsmittels gegen die Verfügung vom 5. Mai 2017 noch nicht abgelaufen war, als die angefochtene Verfügung erging, oder dass diese Rechtsmittelfrist inzwischen abgelaufen ist, hat ebenfalls keinen Einfluss auf die Qualifikation als Berichtigung und es bedeutet auch nicht, dass keine Berichtigung hätte vorgenommen werden dürfen. Die Verfügung vom 11. Mai 2017 ist damit nicht aus den von der Ehefrau aufgeführten formellen Gründen aufzuheben.

4. Für den Fall, dass von einer Berichtigung ausgegangen werde, macht die Ehefrau geltend, es läge eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs vor. Ein Berichtigungsverfahren hätte ihrer Ansicht nach zweistufig verlaufen müssen, indem zunächst in einem Zwischenentscheid über das Gesuch um Berichtigung selbst hätte entschieden werden müssen und erst in der Folge – bei einer Gutheissung des Berichtigungsgesuches – der ursprüngliche Entscheid hätte berichtigt und den Parteien neu eröffnet werden dürfen (act. 2 Rz II.5.1). Zudem hätte ihr die Vorinstanz das Berichtigungsgesuch zur Stellungnahme unterbreiten müssen, zumal es sich nicht um eine Berichtigung von lediglich Schreib- oder Rechnungsfehlern im Sinne von Art. 334 Abs. 2 ZPO handle (act. 2 Rz II.5.2).

5.1. Das Gericht stellt das Berichtigungsgesuch der Gegenpartei zur Stellungnahme zu, es sei denn, das Gesuch sei offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet. Auf eine Stellungnahme der Parteien kann nur bei der Berichti-

gung von Schreib- oder Rechnungsfehlern verzichtet werden (Art. 330 i.V.m. Art. 334 Abs. 2 ZPO). Das Recht, über Verfahrensschritte und Eingaben orientiert zu werden und sich dazu äussern zu können, ist Teil des Anspruches auf rechtliches Gehör (vgl. statt vieler ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, 3. Aufl. 2016, Art. 53 N 6 m.w.H.). Dieser ist formeller Natur, weshalb bei einer Verletzung grundsätzlich auch dann eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides erfolgt, wenn das Urteil ohne die Verletzung nicht anders ausgefallen wäre. In der Regel ist die Aufhebung mit einer Rückweisung an die Vorinstanz verbunden (BGE 137 I 195 E. 2.2; ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, 3. Aufl. 2016, Art. 53 N 26). Ausnahmsweise kann die Gehörsverletzung vor der Rechtsmittelinstanz jedoch geheilt werden. Dies ist dann zulässig, wenn die Verletzung nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz. Auch bei einer schweren Verletzung des rechtlichen Gehörs darf von einer Rückweisung der Sache dann abgesehen werden, wenn dies zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGE 133 I 201 E. 2.2).

5.2. Bei einer Abweisung eines Berichtigungsgesuches trifft das Gericht naturgemäss einen Entscheid über das Gesuch selbst. Ist das Gesuch hingegen gutzuheissen, kann das Gericht entweder zunächst separat darüber entscheiden und danach in einem zweiten Entscheid die Berichtigung vornehmen. Zulässig – und nach Ansicht gewisser Autoren klar zu bevorzugen – ist es aber auch, in einem einstufigen Akt über das Gesuch um Berichtigung und die Neufassung des Dispositives zu entscheiden (BK ZPO-Sterchi, Art. 334 N 12; BSK ZPO-Herzog, 3. Aufl. 2017, Art. 334 N 13; OGer ZH PC110021 vom 15. August 2011 E. 4.4; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 3. Aufl. 2016, Art. 334 N 11).

6.1. Ohne weiteres von der Hand zu weisen ist folglich das Vorbringen der Ehefrau, es hätte zunächst ein eigenständiger Entscheid über das Berichtigungsgesuch gefällt werden müssen. Vielmehr durfte die Vorinstanz in einem Schritt vor-

gehen und direkt den eigentlichen Berichtigungsentscheid fällen, zumal sie das Gesuch guthiess.

6.2. Richtig ist hingegen, dass die Vorinstanz der Ehefrau Gelegenheit zur Stellungnahme hätte geben müssen. Das Gesuch war weder offensichtlich unzulässig noch offensichtlich unbegründet (und damit nicht einfach abzuweisen), und es handelte sich auch nicht um eine Berichtigung von Schreib- oder Rechnungsfehlern, wie die Ehefrau korrekt vorbringt. Damit verletzte die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Ehefrau. Allerdings kann diese Verletzung vorliegend geheilt werden. So hat die Berufungsinstanz die selbe Kognition in Tat- und Rechtsfragen wie die Vorinstanz (vgl. Art. 310 ZPO) und kann somit die Einwände der Ehefrau gegen die Berichtigung – wie bereits geschehen (vgl. E. II.3.2-3) – vollumfänglich überprüfen. Eine Rückweisung würde zu einem formalistischen Leerlauf führen; die damit verbundene, unnötige Verzögerung wäre im vorliegenden Scheidungsverfahren, das immerhin bereits 175 Akteure umfasst, wobei noch nicht einmal der zweite Schriftenwechsel erfolgte, nicht zu rechtfertigen und mit dem Interesse des Ehemannes (und im Übrigen auch der Ehefrau) an einer beförderlichen Weiterführung des Hauptverfahrens nicht vereinbar. Von einer Aufhebung des angefochtenen Entscheides aufgrund der Gehörsverletzung ist folglich abzusehen.

III.

Auskunftsanspruch gemäss Art. 170 ZGB

1. Mit ihrer Berufung rügt die Ehefrau nicht nur formelle Mängel im Zusammenhang mit der Berichtigung. Sie beanstandet auch das berichtigte Ergebnis, wobei ihre Einwände richtigerweise auf den Gegenstand der Berichtigung – das Begehren Nr. 53a – beschränkt sind. Die Erwägungen der Vorinstanz zur Sache sind in der vorliegenden Konstellation naturgemäss nicht in der angefochtenen Verfügung, sondern in der zu berichtigenden Verfügung vom 5. Mai 2017 (act. 4/166) enthalten.

2.1 Die Vorinstanz hielt zum Begehren Nr. 53a fest, die Ehefrau anerkenne sinngemäss, der Geschäftsabschluss der C._____ AG bzw. zumindest das darin ersichtliche Ergebnis sei zur Ermittlung ihrer Leistungsfähigkeit im Rahmen der Beurteilung der Unterhaltsansprüchen der Kinder der Parteien relevant. Der Abschluss des Geschäftsjahres 2016 müsse inzwischen auch vorliegen (act. 4/166 E. 3.2.2-3). Im Zusammenhang mit den Auskunftsbegehren Nr. 53b und 53c hielt die Vorinstanz sodann fest, aus unterhaltsrechtlicher Sicht sei davon auszugehen, dass die Ehefrau und die C._____ AG eine wirtschaftliche Einheit darstellen würden (act. 4/166 E. 3.3.3). Zur Edition zu verpflichten sei daher direkt die Ehefrau (act. 4/166 Rz 3.3.3 i.V.m. 3.4).

2.2. Die Ehefrau wendet dagegen ein, die Jahresrechnung 2015/2016 der C._____ AG sei zur Beurteilung ihrer Leistungsfähigkeit gar nicht erforderlich. Sie sei jedoch bereit, freiwillig die – ihrer Ansicht nach – nötigen Angaben zur Leistungsfähigkeit zur Verfügung zu stellen, womit das Begehren Nr. 53a gegenstandslos werde. Zudem bringt sie vor, die bei ihr eingeforderten Unterlagen der C._____ AG stünden ihr nicht zur Verfügung. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz bestehe auch keine wirtschaftliche Einheit. Wenn, dann hätte direkt die C._____ AG zur Edition verpflichtet werden müssen, gegenüber welcher der Ehemann aber kein Auskunftsrecht habe. Folglich sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und das Auskunftsbegehren abzuweisen (act. 2 Rz III.1 ff.).

3.1. Gemäss Art. 170 Abs. 1 ZGB kann jeder Ehegatte vom anderen Auskunft über dessen Einkommen, Vermögen und Schulden verlangen. Auf sein Begehren kann das Gericht den anderen Ehegatten oder Dritte verpflichten, die erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen (Art. 170 Abs. 2 ZGB). Die Informationspflicht geht also nur soweit, als sie für die Beurteilung oder Geltendmachung materiell-rechtlicher Ansprüche nötig ist oder geeignet erscheint, Hinweise auf solche Ansprüche zu vermitteln (BGer 5C.276/2005 vom 14. Februar 2006 E. 2.1). Insofern muss ein Rechtsschutzinteresse bestehen (BK ZGB-Hausheer/Reusser/ Geiser, 2. Aufl. 1999, Art. 170 N 22; BSK ZGB I-Schwander, 5. Aufl. 2014, Art. 170 N 15; ZK ZGB-Bräm, 3. Aufl. 1998, Art. 170 N 12), was zu verneinen ist, wenn das Begehren offensichtlich aus blosser Neu-

gier oder als Schikane gestellt wird (BK ZGB-Hausheer/Reusser/Geiser, 2. Aufl. 1999, Art. 170 N 11).

3.2. Welche Auskünfte erforderlich und welche Urkunden vorzulegen sind, um ein zutreffendes Bild über das Einkommen, das Vermögen und die Schulden eines Ehegatten zu erhalten, hat der Richter im konkreten Einzelfall und je nach dem eherechtlichen Anspruch, für dessen Beurteilung der andere Ehegatte sein Auskunftsrecht geltend macht, festzulegen (BK ZGB-Hausheer/Reusser/Geiser, 2. Aufl. 1999, Art. 170 N 23; vgl. auch BGer 5A_918/2014 vom 17. Juni 2015 E. 4.2.3). In Bezug auf das Einkommen können etwa Unterlagen zum Erwerbseinkommen und zu Vermögenserträgen verlangt werden (BK ZGB-Hausheer/Reusser/Geiser, 2. Aufl. 1999, Art. 170 N 16; BSK ZGB I-Schwander, 5. Aufl. 2014, Art. 170 N 13). Besteht das Einkommen im Gewinn eines Unternehmens, so ist für dessen Ermittlung sowie eine allfällige Beeinflussung des Ergebnisses durch (offene oder verdeckte) Privatbezüge oder erhöhten Aufwand, beispielsweise aufgrund ausserordentlichen Abschreibungen und unbegründeten Rückstellungen, die Einsicht in die Bilanz und Erfolgsrechnung erforderlich (OGer ZH LE160021 vom 23. September 2016 E. 6.2.4).

3.3 Der Auskunftsanspruch richtet sich gegen den anderen Ehegatten, doch kann das Gericht auch einen Dritten zur Auskunft verpflichten. Der Entscheid ist nach Ermessen zu treffen (BSK ZGB I-Schwander, 5. Aufl. 2014, Art. 170 N 26; ZK ZGB-Bräm, 3. Aufl. 1998, Art. 170 N 32); es sind die konkreten Umstände zu würdigen und die Interessen beider Ehegatten abzuwägen. Grundsätzlich ist die Verpflichtung Dritter subsidiär zur Verpflichtung des Ehegatten (ZK ZGB-Bräm, 3. Aufl. 1998, Art. 170 N 32).

3.4. Das Einkommen eines unselbständig Erwerbstätigen besteht grundsätzlich aus seinem im Lohnausweis ersichtlichen Nettolohn, während dasjenige eines selbständig Erwerbstätigen der Gewinn ist, der anhand der Bilanz und Erfolgsrechnung zu bestimmen ist (vgl. etwa BSK ZGB I-senring/Kessler, 5. Aufl. 2014, Art. 163 N 26). Beherrscht ein Ehegatte eine Gesellschaft, so dass sie als eine wirtschaftliche Einheit erscheinen, so ist er als wirtschaftlicher Inhaber und damit wie ein selbständig Erwerbender zu behandeln. Seine Leistungsfähigkeit richtet

sich damit nach den Bezügen, die er bisher tätigte und weiterhin tätigen kann (BGer 5P.127/2003 vom 4. Juli 2003 E. 2.2; ZK ZGB-Bräm, 3. Aufl. 1998, Art. 163 N 78; ZR 90 Nr. 52). Die beherrschende Stellung kann etwa auf Aktienbesitz beruhen, sie kann ihren Grund jedoch auch in vertraglichen Bindungen oder in familiären, verwandtschaftlichen und freundschaftlichen Beziehungen haben (BGer 5P.127/2003 vom 4. Juli 2003 E. 2.2). Eine Beherrschung wurde etwa bejaht bei einem Ehegatten, der sämtliche Aktien der fraglichen Gesellschaft besass und deren einziger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift war, wobei es neben ihm selbst keine weiteren Angestellten gab (OGer ZH LE160021 vom 23. September 2016 E. 6.2.1 und 6.2.4).

4.1. Das Editionsbegehren des Ehemannes stützt sich explizit auf Art. 170 ZGB (vgl. act. 4/82 S. 1 f., act. 4/137 S.1 und act. 4/164 S. 1). Es ist unbestritten, dass der Ehemann den verlangten Geschäftsabschluss der C._____ AG zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Ehefrau verlangt, welche im Zusammenhang mit der Beurteilung der Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern relevant ist. Uneinig waren sich die Parteien aber bereits im erstinstanzlichen Verfahren, ob die verlangten Unterlagen für diesen Zweck erforderlich und geeignet sind (vgl. act. 4/164 N 31 und act. 4/154 S. 10). Die Ehefrau vertrat schon damals den Standpunkt, es sei wohl das aus der Bilanz und Erfolgsrechnung ersichtliche *Ergebnis* des Geschäftsabschlusses für die Beurteilung ihrer Leistungsfähigkeit relevant, nicht jedoch der *gesamte* Geschäftsabschluss (vgl. act. 4/154 S. 10). Die Annahme der Vorinstanz, die Ehefrau habe das Begehren Nr. 53a vollumfänglich anerkannt, trifft damit nicht zu, und es ist auf die Frage der Erforderlichkeit der verlangten Unterlagen näher einzugehen.

4.2. In der Berufungsschrift bringt die Ehefrau zu dieser Thematik im Einzelnen vor, die Einsicht in die gesamte Jahresrechnung 2015/2016 der C._____ AG werde aus blosser Neugierde verlangt (act. 2 Rz III.10). Der Ehemann habe folglich kein Rechtsschutzinteresse daran (act. 2 Rz III.15). Genügen zur Beurteilung ihrer Leistungsfähigkeit aus ihrer Erwerbstätigkeit würde einerseits ihr Lohnausweis 2016 (act. 2 Rz III.9 i.V.m. III.10). Daneben seien zur Bestimmung ihrer Leistungsfähigkeit als Aktionärin der C._____ AG Angaben zur Dividende, zum Ergebnis

(Gewinn oder Verlust) und zum Bestand des Eigenkapitals per Stichtag erforderlich (act. 2 Rz III.11). Sie sei bereit, diese Angaben zu ihrer Leistungsfähigkeit freiwillig zur Verfügung zu stellen, also ihren Lohnausweis 2016, Angaben zum Ergebnis der Geschäftsperiode Oktober 2015 bis September 2016 und zum Eigenkapital per 30. September 2016 der C._____ AG. Damit werde das Begehren Nr. 53a gegenstandslos (act. 2 Rz III.14).

4.3. Um beurteilen zu können, welche Unterlagen zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit der Ehefrau erforderlich sind, ist zunächst zu eruieren, aus welchen Bestandteilen sich ihr Einkommen zusammensetzt. Da die Ehefrau bei der C._____ AG als Angestellte tätig ist (vgl. act. 4/166 E. 3.3.3 und act. 2 Rz III.10 ff.), ist es richtig, zunächst auf ihren Nettolohn abzustellen. Ebenfalls korrekt ist es sodann, Vermögenserträge aus Aktien zu berücksichtigen. Bei Verhältnissen wie den Vorliegenden stellt sich jedoch auch die Frage, ob die Ehefrau die Gesellschaft beherrscht und damit bei der Ermittlung ihrer Leistungsfähigkeit zusätzlich auf den Gewinn der Gesellschaft abzustellen ist.

4.4. Die Vorinstanz bejahte dies. Sie ging wie erwähnt davon aus, die Ehefrau stelle mit der C._____ AG eine wirtschaftliche Einheit dar und könne alleine über deren Geschicke entscheiden. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Ehefrau sei Alleinaktionärin, einziges Verwaltungsratsmitglied, Geschäftsführerin und einzige oder zumindest hauptsächliche Arbeitnehmerin der C._____ AG (act. 4/166 E. 3.3.3). Die Ehefrau hingegen verneint das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit hauptsächlich mit der Begründung, die C._____ AG sei eine Aktiengesellschaft mit einer eigenständigen Rechtspersönlichkeit (act. 2 Rz III.2) und sie, die Ehefrau, sei auch nicht mehr Aktionärin der C._____ AG (act. 2 Rz III.6).

4.5. Dass der C._____ AG als juristischer Person grundsätzlich eine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt, ist richtig, doch kommt diesem Umstand hier – wie die Vorinstanz richtig darlegte (vgl. act. 4/166 E. 3.3.3) – keine entscheidende Bedeutung zu. Ausschlaggebend ist vielmehr die Stellung der Ehefrau in Bezug auf die Gesellschaft. Mangels Bestreitung ist mit der Vorinstanz davon auszuge-

hen, die Ehefrau sei einziges Verwaltungsratsmitglied mit Einzelzeichnungsbe-
fugnis sowie Geschäftsführerin.

Die Behauptung, sie sei nicht mehr Aktionärin, wurde erstmals im Beru-
fungsverfahren vorgebracht und stellt daher ein Novum dar. Die Ehefrau begrün-
dete aber nicht, weshalb dieser Umstand trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon
vor erster Instanz hatte vorgebracht werden können. Dies wäre aber eine Voraus-
setzung, damit das Novum beachtet werden dürfte (vgl. Art. 317 Abs. 1 lit. b
ZPO). Wenn die Ehefrau ausführt, bei der vorliegenden Verfahrensdauer dürften
die aktuellen Verhältnisse nicht als bekannt und unverändert vorausgesetzt wer-
den (act. 2 Rz III.5), übersieht sie, dass es an ihr selbst liegt, derartige Verände-
rungen – rechtzeitig – in den Prozess einzuführen. Es ist deshalb nach wie vor
anzunehmen, die Ehefrau sei Alleinaktionärin. Zum selben Ergebnis führt im Übri-
gen der Umstand, dass die Ehefrau an anderer Stelle in ihrer Berufungsschrift im
Widerspruch zu ihrer in diesem Kontext aufgestellten Behauptung davon ausgeht,
sie sei Aktionärin (vgl. act. 2 Rz III.11 ff. sowie E. III.4.2).

Als Alleinaktionärin, Geschäftsführerin und einziges Verwaltungsratsmitglied
kommt der Ehefrau eine beherrschende Stellung zu. Ob neben ihr noch weitere
Angestellte für die C._____ AG tätig sind und ob die weiteren von der Vorinstanz
aufgezählten Indizien für die beherrschende Stellung zutreffen (vgl. act. 4/166
E. 3.3.3) oder die diesbezüglichen Einwände der Ehefrau stichhaltig sind (vgl.
act. 2 Rz III.3-4 und III.7), ist nur von untergeordneter Bedeutung und ändert da-
ran nichts.

4.6. Das Einkommen der Ehefrau ist somit wie das einer selbständig Erwerbstä-
tigen zu ermitteln. Massgeblich ist damit – zusätzlich zu ihrem Salär und dem
Vermögensertrag aus den von ihr gehaltenen Aktien – der Gewinn der C._____
AG bzw. die Bezüge, welche die Ehefrau daraus tätigt. Zur Ermittlung dieser An-
gaben sind entgegen der Ansicht der Ehefrau nicht nur die Angaben zur Dividen-
de, zum Ergebnis der Geschäftsperiode 2015/2016 und zum Eigenkapital per
30. September 2016 der C._____ AG erforderlich. Vielmehr muss der Ehemann
Einblick in die gesamte Bilanz und Erfolgsrechnung erhalten können, damit er er-
mitteln kann, ob allenfalls Privatbezüge getätigt wurden oder der Gewinn auf an-

dere – buchhalterisch durchaus korrekte – Art und Weise beeinflusst wurde. Auch wenn die Ehefrau der Vorinstanz die von ihr versprochenen Unterlagen einreichte und Zahlen angab (vgl. act. 11 und act. 12), ist das Begehren Nr. 53a somit nicht gegenstandslos geworden und dem Ehemann kommt diesbezüglich ein Rechtsschutzinteresse zu.

4.7. Es bleibt damit noch auf den Einwand der Ehefrau einzugehen, wonach ihr die Unterlagen der C._____ AG nicht zur Verfügung stünden, was sie damit begründet, als blosser Mitarbeiterin einer Aktiengesellschaft habe sie kein Recht auf Angaben zur Jahresrechnung (act. 2 Rz III.2). Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass die Ehefrau wie dargelegt als Aktionärin zu betrachten ist. Als solche hat sie in Anwendung von Art. 696 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 958 Abs. 2 OR das Recht, in die Jahresrechnung – also Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang – Einsicht zu nehmen und die Zustellung dieser Unterlagen zu verlangen. Ebenfalls ist dies in ihrer Eigenschaft als einziges Verwaltungsratsmitglied möglich (vgl. Art. 715a OR). Dass der Abschluss des Geschäftsjahres 2016 noch nicht vorhanden sei, bringt die Ehefrau im Übrigen in der Berufungsschrift nicht vor.

4.8. Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Ehefrau selbst oder die C._____ AG zur Edition fraglichen Dokumente zu verpflichten ist. Die Vorinstanz erwog, aufgrund der wirtschaftlichen Einheit der Ehefrau und der C._____ AG und weil es primär dem Ehegatten obliege, über ihm zugängliche Informationen Auskunft zu erteilen, und die Edition durch Dritte lediglich subsidiär im Falle der Nichterfüllung zu erfolgen habe, sei in Abweichung vom Antrag des Ehemannes direkt die Ehefrau zur Edition zu verpflichten (act. 4/166 Rz 3.3.3). Die Ehefrau vertritt hingegen den Standpunkt, zur Edition hätte die C._____ AG verpflichtet werden müssen, wobei sie dabei von ihrer Behauptung ausgeht, wonach sie über die verlangten Unterlagen nicht verfüge. Weil der Ehemann kein Auskunftsrecht gegenüber der C._____ AG habe, wäre eine solche Verpflichtung aber nicht erfolgsversprechend (act. 2 Rz III.2 und III.8).

Der Ehefrau ist zwar zuzustimmen, dass sich der Auskunftsanspruch gegen den anderen Ehegatten und nicht gegen Dritte richtet. Unrichtig ist aber ihre Ansicht, Dritte könnten nicht zur Edition verpflichtet werden. Vorliegend könnten so-

wohl die C._____ AG als auch die Ehefrau gerichtlich zur Herausgabe der verlangten Unterlagen aufgefordert werden. Der in Ermessensausübung getroffene Entscheid der Vorinstanz, die Ehefrau zu verpflichten, ist nicht zu beanstanden, zumal die Ehegatten effektiv in der Regel vorgängig in die Pflicht zu nehmen sind und der einzige von der Ehefrau erhobene Vorwand des mangelnden Zugriffs wie dargelegt nicht zutrifft.

4.9. Nach dem Gesagten verpflichtete die Vorinstanz die Ehefrau in Gutheissung des Antrages Nr. 53a zu Recht zur Edition der Jahresrechnung der C._____ AG für die Geschäftsperiode 2016. Zu den von der Vorinstanz angedrohten Folgen bei Missachtung der Anordnung sowie der angesetzten Frist äussert sich die Ehefrau im Übrigen nicht; daran ist denn auch nichts zu ändern. Die Berufung ist damit vollumfänglich abzuweisen und der Entscheid der Vorinstanz zu bestätigen.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss wird die unterliegende Ehefrau für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
2. Beim Informationsanspruch handelt es sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Zur Bestimmung des Streitwertes ist auf das wirtschaftliche Interesse an den angebehrten Auskünften abzustellen, wobei von einem Bruchteil des vermögenswerten Interesses – etwa 10 % bis 40 % – auszugehen ist (OGer ZH LE140006 vom 21. Oktober 2014 E. III.3.5 m.w.H.). Vorliegend sollen die verlangten Unterlagen der Berechnung des Kinderunterhaltes dienen (vgl. E. III.4.1). Die Parteien haben drei Kinder, die zwischen 15 und 18 Jahre alt sind (act. 4/3). Während die Ehefrau Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 3'500.– zuzüglich Kinderzulagen pro Kind beantragt (act. 4/71 S. 2), ist der Ehemann bereit, Fr. 1'500.– zuzüglich Kinderzulagen je Kind zu bezahlen (act. 4/49 S. 3). Die Differenz entspricht damit monatlich Fr. 6'000.– und jährlich Fr. 72'000.–. Es ist davon auszugehen, dass die Unterhaltsbeiträge nicht mehr länger als zehn Jahre zu leisten sein werden, sodass sich das wirtschaftliche Interesse an den Auskünften auf

rund Fr. 720'000.– beläuft. Auszugehen ist jedoch nur von einem Bruchteil davon, auch zumal nur ein kleiner Teil der vom Ehemann insgesamt verlangten Unterlagen zu beurteilen war. Es rechtfertigt sich, den Streitwert auf rund Fr. 50'000.– festzulegen. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr damit auf Fr. 1'400.– festzusetzen und der Ehefrau aufzuerlegen.

3. Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen, der Ehefrau nicht, weil sie unterliegt und dem Ehemann nicht mangels Umtrieben, die es zu entschädigen gölte.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 11. Mai 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'400.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Horgen und an die Obergerichtskasse, 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 Teil-Entscheid im Sinne von Art. 91 BGG.

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

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Funck

versandt am: