

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE150003-O/U.doc

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

Beschluss vom 27. März 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 18. Dezember 2014 (EE140050-G)

Rechtsbegehren (Urk. 8 S. 2):

- "1. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten per sofort die Kreditkarte Nr. ..., lautend auf B. _____, zu entsperren und der Gesuchstellerin wieder im bisherigen Umfang zur Verfügung zu stellen;
2. eventualiter sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einstweilen CHF 20'000.– akonto zu überweisen, zwecks sofortiger Deckung der Lebenserhaltungskosten (inkl. Nahrung, Medikamente, etc.);
3. [...]"

**Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Meilen vom 18. Dezember 2014:**

- "1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Anordnung vorsorglicher Massnahmen gemäss Massnahmebegehren Ziff. 1 (Entsperrung der Kreditkarte) wird abgewiesen.
2. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin akonto Unterhalt von ihr persönlich und den gemeinsamen Söhnen CHF 20'000.– zu bezahlen.
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird dem Endentscheid vorbehalten.
4. [Mitteilungssatz]
5. [Rechtsmittelbelehrung]"

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

"Es sei die Ziff. 2 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren vom 18. Dezember 2014 (Verpflichtung des Gesuchsgegners und Berufungsklägers zur Leistung einer akonto Unterhaltszahlung von CHF 20'000) vollumfänglich aufzuheben;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 11 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung des Berufungsklägers vom 08.01.2015 vollumfänglich abzuweisen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 % Mwst. zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit dem tt. September 2004 verheiratet. Sie haben zwei gemeinsame Söhne: C._____ und D._____, beide geboren am tt.mm.2008. Per 1. Februar 2014 zog die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) mit den Kindern aus der ehelichen Liegenschaft aus (Urk. 5/7 S. 4). Mit Eingabe vom 12. September 2014 leitete die Gesuchstellerin vor Vorinstanz ein Eheschutzverfahren ein (Urk. 5/1). Mit Eingabe vom 5. November 2014 beehrte sie den Erlass superprovisorischer Massnahmen an. Sie stellte die eingangs angeführten Begehren (Urk. 5/8 S. 2). Mit Verfügung vom 7. November 2014 wies die Vorinstanz das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Massnahme ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei ab (Urk. 5/11 S. 3, Dispositivziffer 1). Weiter verfügte sie, dass die Parteien mittels separater Post zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorgeladen würden (Dispositivziffer 2). In der Folge wurden die Parteien am 10. November 2014 auf den 27. November 2014 vorgeladen (Urk. 5/13). Mit Eingabe vom 25. November 2014 (an die Vorinstanz am 26. November 2014 um 8.18 Uhr vorab per Fax übermittelt) ersuchte der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) um Verschiebung des anberaumten Verhandlungstermins zufolge Erkrankung (Urk. 5/17; Urk. 5/23). In der Beilage des Schreibens befand sich ein Zeugnis vom 21. November 2014, welches dem Gesuchsgegner eine Arbeitsunfähigkeit zu 100 % ab dem 11. November 2014 bis (vorläufig) dem 1. Dezember 2014 attestierte. Mit Schreiben vom 26. November 2014, um 16.45 Uhr ebenfalls vorab per Fax übermittelt (Urk. 5/18; Urk. 5/24), wandte sich der "Bürokollege" des Gesuchsgegners, Dr. E._____, an

die Vorinstanz. Das Schreiben hält fest, der Gesuchsgegner habe um Verschiebung der Verhandlung ersucht. Dies "nachdem er sich heute im Spital" habe behandeln lassen müssen. Er habe ein Zeugnis von Professor Dr. med. F. _____ eingereicht, welches ihm eine Arbeitsunfähigkeit bescheinige. Er, Dr. E. _____, habe "heute" ein Telefongespräch von "Herrn Kollege G. _____ (Gerichtsschreiber)" entgegengenommen. Es sei mitgeteilt worden, das Arzteugnis sei nicht ausreichend, weil bloss die Arbeitsunfähigkeit, nicht aber die Verhandlungsunfähigkeit bescheinigt werde. Weiter schildert Dr. E. _____, dass Professor F. _____ die Ausstellung eines Arzteugnisses, welches auch die Verhandlungsunfähigkeit des Gesuchsgegners für "morgen" (den 27. November 2014) bescheinige, in Aussicht gestellt habe. Er werde das Zeugnis nach Erhalt umgehend an das Gericht weiterleiten (Urk. 5/18; Urk. 5/25). Das erwähnte Arzteugnis, welches auch eine 100 %-ige Verhandlungsunfähigkeit des Gesuchsgegners ab dem 17. November 2014 bis (vorläufig) dem 1. Dezember 2014 attestierte, datiert ebenfalls vom 21. November 2014. Es wurde der Vorinstanz am 26. November 2014 um 17.07 Uhr per Fax übermittelt (Urk. 5/19; Urk. 5/27). Am 27. November 2014 fand vor Vorinstanz die "Hauptverhandlung" betreffend das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen statt. Der Gesuchsgegner erschien nicht zur Verhandlung. Die Gesuchstellerin nahm unter anderem zum Verschiebungsgesuch Stellung (Urk. 5/28). Mit Verfügung vom 27. November 2014 wies die Vorinstanz das Verschiebungsgesuch des Gesuchsgegners ab (Urk. 5/31). Der Gesuchsgegner erhob gegen diesen Entscheid eine Beschwerde. Die Kammer trat auf die Beschwerde mit Beschluss vom 7. Januar 2015 nicht ein (beigezogene Akten Verfahren RE140027 = Urk. 13/8). Zwischenzeitlich hatte die Vorinstanz mit Verfügung vom 18. Dezember 2014 den eingangs erwähnten Entscheid gefällt (Urk. 5/39).

2. Gegen die Verfügung vom 18. Dezember 2014 hat der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 8. Januar 2015 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 1; Urk. 5/40/1). Er stellte die vorab angeführten Begehren. Mit Verfügung vom 13. Januar 2015 wurde dem Gesuchsgegner unter anderem Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 2'000.- angesetzt (Urk. 6). Der Vorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Urk. 8). Mit Verfügung vom 2. Februar 2015 wurde der Antrag

des Gesuchsgegners um Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zum rechtskräftigen Entscheid im Beschwerdeverfahren RE140027 (Urk. 1 S. 2; "prozessualen Anträge:") als gegenstandlos geworden abgeschrieben (Urk. 9 S. 3, Dispositivziffer 1). Weiter wurde der Berufung des Gesuchsgegners gegen Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 9 S. 3, Dispositivziffer 2). Die Berufungsantwort der Gesuchstellerin, mit welcher sie die vollumfängliche Abweisung der Berufung beantragt, datiert vom 16. Februar 2015 (Urk. 11). Sie wurde dem Gesuchsgegner zur Kenntnis gebracht (Urk. 12).

3. Mit der vorliegenden Berufung nicht angefochten wird die Dispositivziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung (Urk. 1 S. 2; Urk. 2 S. 9). Die Rechtskraft der Dispositivziffer ist vorzumerken. Da es sich um Eheschutzmassnahmen handelt, trat die Rechtskraft mit der Eröffnung des vorinstanzlichen Entscheids ein.

II.

1. Der Gesuchsgegner verlangt mit der Berufung die Aufhebung von Dispositivziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung. Er beruft sich darauf, die Ablehnung seines ärztlich begründeten Verschiebungsgesuchs stelle eine Rechtsverweigerung und eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs dar. Ihm sei das Recht auf Teilnahme an der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen sowie auf Stellungnahme zum Sachverhalt verweigert worden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör sei formeller Natur. Dessen Verletzung führe ungeachtet der materiellen Unbegründetheit des Gesuchs zur Gutheissung seiner Berufung und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (Urk. 1 S. 10f.). Ferner äussert sich der Gesuchsgegner zur nach seiner Ansicht "gefestigten Praxis" der Kammer, dass im Eheschutz vorsorglich angeordnete Geldzahlungen ausgeschlossen seien. Gestützt auf diese an Klarheit und Wahrheit nichts zu wünschen lassende Praxis habe er davon ausgehen dürfen und müssen, dass die Vorinstanz in Übereinstimmung mit der klaren Rechtsprechung des Obergerichts entscheiden würde. Trotz-

dem habe sich die Vorinstanz dazu hinreissen lassen, das Gegenteil zu entscheiden (Urk. 1 S. 11f.).

2.1. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist formeller Natur. Sie ist vorweg zu prüfen, da die Verletzung des rechtlichen Gehörs ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (vgl. BGE 137 I 195, Erw. 2.2; BGE 135 I 187, Erw. 2.2), sofern nicht von einer Heilung des Mangels im Rechtsmittelverfahren ausgegangen werden kann. Eine solche Heilung kann hingegen vorliegend nicht angenommen werden. Zwar kann nach der Rechtsprechung eine Verletzung des Gehörsanspruchs im Verfahren vor der nächsten Instanz geheilt werden, wenn dieser Rechtsmittelinstanz mit Bezug auf die streitige Tat- oder Rechtsfrage die gleiche Überprüfungsbefugnis zusteht wie der vorhergehenden Instanz und sich die rechtsuchende Partei in Kenntnis aller wesentlichen Tatsachen umfassend äussern kann. Die Heilung kann jedoch grundsätzlich nur mit Bezug auf nicht besonders schwerwiegende Mängel angenommen werden, zumal die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs voraussetzt, dass die betroffene Partei ein Rechtsmittel ergreift, und der Partei dadurch eine Instanz verloren geht (Urteil des Bundesgerichtes 5D_203/2013 vom 12. März 2014, Erw. 3.1 mit Hinweisen). Der Gesuchsgegner hat sich noch nie zum Begehren der Gesuchstellerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen und zu den in diesem Zusammenhang von der Gesuchstellerin vorgetragenen Tatsachenbehauptungen äussern können. Dies stellt einen schwerwiegenden Mangel dar, welcher nicht im Rechtsmittelverfahren zu heilen ist.

2.2. Wie bereits angeführt, beantragt der Gesuchsgegner die vollumfängliche Aufhebung der Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils. Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der angeführten Begründung auszulegen. Der Berufungsbegründung des Gesuchsgegners lässt sich (zumindest sinngemäss) entnehmen, dass er mit der Aufhebung des Entscheides implizit auch die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz beantragt. Die Rückweisung des Verfahrens ist denn bei einer Gutheissung der Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs und zufolge der nicht möglichen Heilung des schwerwiegenden Mangels auch die einzige Entscheidungsmöglichkeit der Kammer. Es braucht da-

her nicht abschliessend beurteilt zu werden, ob der Gesuchsgegner durch den Antrag auf Aufhebung der Dispositivziffer 2 in Verbindung mit der Berufungsbeurteilung (Urk. 1 S. 11ff.) auch einen Antrag in der Sache gestellt hat. Wenn die Rechtsmittelinstanz nur kassatorisch entscheiden kann, spricht sich zumindest ein Teil der Lehre und Rechtsprechung dafür aus, dass es genügt, einen blossen Aufhebungsantrag verbunden mit einem Rückweisungsantrag, aber ohne Antrag zur Sache, zu stellen (vgl. hierzu Hungerbühler, DIKE-Komm.-ZPO, Art. 311 N 19f. sowie Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 12. Juni 2012 RU120018, Erw. 3.2.1).

3.1. Die Vorinstanz lehnte das Verschiebungsgesuch des Gesuchsgegners mit der Begründung ab, dieser habe in seinem Gesuch vom 25. November 2014 als Verschiebungsgrund eine am 26. November 2014 stattfindende Intervention am Herzen angegeben. Dies habe er mittels eines ärztlichen Zeugnisses, dass seine Arbeits- und Verhandlungsunfähigkeit ab dem 17. November 2014 bescheinige, belegt. Es müsse daher davon ausgegangen werden, dass der Gesuchsgegner spätestens ab dem 17. November 2014 vom Hinderungsgrund Kenntnis gehabt habe. Es verstosse gegen Treu und Glauben, ein Verschiebungsgesuch erst acht Tage nach Kenntnis des Verschiebungsgrundes und lediglich zwei Tage vor der Tagfahrt zu stellen. Das Verschiebungsgesuch sei daher abzuweisen. Zudem es dem Gesuchsgegner freigestanden hätte, einen Vertreter zu mandatieren und um Dispensation von der persönlichen Erscheinungspflicht zu ersuchen (Urk. 5/31 S. 2f.).

3.2. Das Gericht kann, wenn es vor dem Termin darum ersucht wird, einen Erscheinungstermin aus zureichenden Gründen verschieben (Art. 135 ZPO). Das Verschiebungsgesuch ist unverzüglich nach sicherer Kenntnis des Verschiebungsgrundes zu stellen (BSK ZPO-Bühler Art. 135 N 8; KUKO ZPO-Weber, Art. 135 N 2). Es verstösst gegen Treu und Glauben, ein Verschiebungsgesuch trotz Kenntnis des Hinderungsgrundes hinauszuzögern und damit bis kurz vor dem Termin zuzuwarten (ZR 1996 [1997] Nr. 71, Erw. 3a.). Ein so verzögertes Gesuch darf das Gericht ohne materielle Prüfung abweisen (BSK ZPO-Bühler, Art. 135 N 9; KUKO ZPO-Weber, Art. 135 N 4).

Als zureichender Verschiebungsgrund gilt regelmässig eine durch ein ärztliches Zeugnis nachgewiesene, eine Verhandlungsunfähigkeit begründende Krankheit (BSK ZPO-Bühler, Art. 135 N 19). Ein solcher Grund ist auch der Beizug eines Rechtsbeistandes, wenn diesem nicht mehr genügend Vorbereitungszeit verbleibt. Hat aber eine Partei vor einer Verhandlung, zu der vorgeladen worden ist, genügend Zeit, um einen Anwalt zu suchen, zu mandatieren und zu instruieren, verstösst es gegen Treu und Glauben, zu diesem Zweck erst kurz vor dem Termin ein Verschiebungsgesuch zu stellen (BSK ZPO-Bühler, Art. 135 N 21; ZR 1998 [1999] Nr. 20, Erw. 1.2.3). Stets hat das Gericht das Interesse an einer zügigen Verfahrensförderung in die Würdigung der geltend gemachten Gründe mit einzubeziehen. Besondere Zurückhaltung ist im summarischen Verfahren zu üben (KUKO ZPO-Weber, Art. 135 N 4). Der zureichende Grund ist zu substantiieren und, soweit möglich, unter Beweis zu stellen. Insbesondere sind Urkunden, aus denen der angerufene Hinderungsgrund hervorgeht, dem Gericht zusammen mit dem Verschiebungsgesuch einzureichen (BSK ZPO-Bühler, Art. 135 N 12).

3.3. Der Gesuchsgegner bringt in seiner Berufungsschrift zahlreiche neue Behauptungen sowie ein neues Beweismittel (Urk. 4/4) vor, welche insbesondere den zeitlichen Verlauf der Stellung des Verschiebungsgesuchs im Zusammenwirken mit seinem Gesundheitszustand darlegen und belegen. Die Noven sind zulässig und zu beachten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchsgegner sah sich vor Vorinstanz nicht dazu veranlasst, die entsprechenden Behauptungen aufzustellen und zu belegen. Die Noven wurden erst durch den vorinstanzlichen Entscheid veranlasst (vgl. BGE 139 III 466, Erw. 3.4). Sodann datiert der neu eingereichte Bericht der ... Klinik ... [Ort] von Professor F._____ an Prof. Dr. med. H._____ betreffend die Kurzhospitalisation 21. und 26. November 2014 erst vom 27. November 2014.

3.4. Die Vorladung zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 10. November 2014 auf den 27. November 2014 wurde dem Gesuchsgegner am 18. November 2014 zugestellt (Urk. 5/13; Urk. 5/14/1). Im Weiteren ist unbestritten und durch die Akten (glaubhaft) belegt, dass der Gesuchsgegner im Zeitpunkt des Zugangs der Vorladung an einem grippalen Infekt litt. Er musste Antibi-

otika einnehmen und war deshalb am 10., 12. und 19. November 2014 bei Dr. I. _____ in ärztlicher Behandlung (Urk. 1 S. 6; Urk. 11 S. 6f.; vgl. Urk. 4/4 S. 2, Bericht ... Klinik Professor F. _____). Am 18. November 2014 befand sich der Atemwegsinfekt des Gesuchsgegners auf dem Weg der Besserung (Urk. 1 S. 7; Urk. 11 S. 6f.). Der Gesuchsgegner leidet sodann seit rund zwei Jahren an Herzproblemen. Er musste sich im Februar 2013 und Oktober 2014 einer Herzoperation unterziehen. Am 21. November 2014 hatte der Gesuchsgegner einen weiteren Termin in der ... Klinik ... für eine (kurze) stationäre Behandlung. Entsprechend rückte er am 21. November 2014 zwecks Unterziehung "einer Intervention am Herzen" ein. Wenige Minuten vor dem Eingriff entschied sich der Anästhesiearzt dazu, die Vollnarkose nicht einzuleiten, sondern den Eingriff zu verschieben. Der Gesundheitszustand des Gesuchsgegners war zu riskant, um die Behandlung durchzuführen. Der behandelnde Herzspezialist, Professor F. _____, entschied sich daher die Intervention am Herzen auf den Mittwoch, 26. November 2014, zu verschieben (vgl. Urk. 4/4 S. 2). Professor F. _____ "habe es unternommen" ein Arzteugnis betreffend Arbeitsunfähigkeit an den Gesuchsgegner zu senden (Urk. 1 S. 6f.; Urk. 11 S. 6f.).

3.5. Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen kann, entgegen den Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 5/31 S. 3), nicht davon ausgegangen werden, der Gesuchsgegner habe spätestens ab dem 17. November 2014 vom Hinderungsgrund Kenntnis gehabt. Am 17. November 2014 war dem Gesuchsgegner die Vorladung noch gar nicht zugegangen. Sein grippaler Infekt befand sich auf dem Weg der Besserung und er durfte davon ausgehen, dass sich sein Allgemeinzustand nach dem Eingriff am Herzen vom 21. November 2014 verbessern würde, so dass er an der Verhandlung vom 27. November 2014 würde teilnehmen können. Damit hatte der Gesuchsgegner frühestens am 21. November 2014 sichere Kenntnis vom Hinderungsgrund.

Die Gesuchstellerin hält nun in der Berufungsantwort dafür, beim Gesuchsgegner handle es sich nicht um einen juristischen Laien, sondern einen aktiven, äussert versierten Anwalt mit jahrzehntelanger Erfahrung, der sich genaustens mit den juristischen Gepflogenheiten auskenne. Er habe am 21. November 2014 gewusst,

dass er am 27. November 2014 nicht teilnehmen könne. Er habe es aber unterlassen, die Vorinstanz umgehend darüber zu informieren (Urk. 11 S. 7).

Professor F._____ stellte dem Gesuchsgegner am Freitag, 21. November 2014, ein Arzteugnis aus. Dieses attestierte dem Gesuchsgegner ab dem 17. November 2014 eine 100 %-ige Arbeitsunfähigkeit. Das Zeugnis wurde dem Gesuchsgegner am Dienstag, 25. November 2014, per Post zugestellt. Gleichentags stellte der Gesuchsgegner vor Vorinstanz sein Verschiebungsgesuch. In der Tat hätte der Gesuchsgegner das Verschiebungsgesuch bereits am Freitag oder spätestens am Montag bei der Vorinstanz mündlich oder vorab per Fax deponieren können, unter Hinweis auf die nachträgliche Zusendung des Arzteugnisses. Die vorangehend dargelegte Rechtslage betreffend der Pflicht, ein Verschiebungsgesuch umgehend nach Kenntnis des Hinderungsgrundes zu stellen, muss dem Gesuchsgegner als Anwalt bekannt sein. Vorliegend darf hingegen nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Gesuchsgegner am 17., 21. und 25. November 2014 krank war (grippaler Infekt plus Herzbeschwerden). So ist dem Bericht von Professor F._____ zu entnehmen, dass es dem Gesuchsgegner in den Tagen vor dem Eingriff am 26. November 2014 "deutlich schlechter" gegangen sei. Er habe deutliche Zeichen einer "Herzinsuffizienz" aufgewiesen und sei in seiner Leistungsfähigkeit "massiv" eingeschränkt gewesen (Urk. 4/4 S. 2). Das zweite ins Recht gelegte ärztliche Zeugnis attestierte dem Gesuchsgegner für die Zeit ab dem 17. November 2014 eine 100 %-ig Arbeits- und Verhandlungsunfähigkeit. Daraus erhellt, dass der Gesuchsgegner in diesen Tagen seiner beruflichen Tätigkeit als Anwalt aus gesundheitlichen Gründen nicht nachgehen konnte. Es geht daher nicht an, seine in dieser Zeit getätigten privaten Handlungen an einem Massstab zu messen, welcher für einen gesunden und verhandlungsfähigen Anwalt angesetzt würde. Offensichtlich war der Gesuchsgegner gerade nicht in der Lage, juristische Arbeiten zu erledigen. Als der Gesuchsgegner das Arbeitszeugnis erhalten hatte, reichte er es umgehend bei der Vorinstanz ein. Dass er in seiner damaligen gesundheitlichen Verfassung mit der Stellung des Verschiebungsgesuchs zuwartete, bis er das ihm vom behandelnden Arzt versprochene Zeugnis erhalten hatte, ist unter den gegebenen Umständen nicht als ein Handeln wider Treu und Glauben auszulegen. Vielmehr erscheint das Verhalten des Gesuchs-

gegners durchaus nachvollziehbar. Man weiss denn auch nicht, wann der Gesuchsgegner am Freitag, 21. November 2014, den Spital effektiv verlassen konnte. Sodann ist es nachvollziehbar, dass in diesem Moment der erste Gedanke des Gesuchsgegners nicht der Verschiebung der anstehenden Verhandlung galt.

3.6. Der Gesuchsgegner war erwiesenermassen arbeits- und verhandlungsunfähig. Es konnte von ihm daher nicht verlangt werden, dass er nach dem abgebrochenen Eingriff am 21. November 2014 innert der relativ kurzen Zeitspanne bis zum 27. November 2014, welche noch ein Wochenende enthielt (22. und 23. November 2014), einen Anwalt suchte, mandatierte und instruierte sowie um Erlass des persönlichen Erscheinens zur Verhandlung vom 27. November 2014 ersuchte (Urk. 5/31 S. 2f.; Urk. 11 S. 6). Gerade Letzteres hätte es unumgänglich gemacht, dass der mandatierte Anwalt bis in alle Details hätte instruiert werden können. Für eine solche Instruierung war der Gesuchsgegner zu angeschlagen und die Zeit zu knapp. So kann denn einer erkrankten Partei nicht ohne Weiteres aufgegeben werden, sich eines Rechtsanwaltes zu bedienen (ZR 48 [1949] Nr. 79).

4.1. Zusammengefasst kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesuchsgegner das Verschiebungsgesuch zu spät eingereicht hat. Er hatte nach der sicheren Kenntnis des Hinderungsgrunds am 21. November 2014 nicht genügend Zeit und war nicht in der Verfassung einen Anwalt zu suchen, zu mandatieren und zu instruieren. Erwiesenermassen war der Gesuchsgegner am 27. November 2014 nicht arbeits- und verhandlungsfähig. Damit wäre das Verschiebungsgesuch gutzuheissen gewesen. Es wurde zu Unrecht abgewiesen.

4.2. Bis zur Bewilligung der Verschiebung hat die Vorladung Bestand. Die vorgeladene Person darf sich daher nicht auf die Bewilligung verlassen (Urteil des Bundesgerichtes 5A_120/2012 vom 21. Juni 2012, Erw. 5.1; ZR 1996 [1997] Nr. 71, Erw. 3 lit. b). Erkundigt sie sich nicht nach dem Entscheid und erscheint sie zum Termin nicht, so treffen sie die Säumnisfolgen, soweit die Ablehnung der Verschiebung nicht zu Unrecht erfolgte. Die zu Unrecht erfolgte Verweigerung einer Verschiebung kann keine Säumnisfolgen nach sich ziehen und daher auch noch im Rechtsmittelverfahren gegen den Endentscheid gerügt werden (KUKO ZPO-Weber, Art. 135 N 6f.). Die Berufung ist damit in diesem Punkt gutzuheissen.

Der vorinstanzliche Entscheid ist aufzuheben (vgl. S. 6f. Erw. 2). Das Verfahren ist an die Vorinstanz zur (erneuten) Durchführung der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen sowie zur Fällung eines neuen Entscheids zurückzuweisen.

5. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien muss nicht mehr eingegangen werden. Die Vorinstanz sei an dieser Stelle jedoch auf die gefestigten Praxen der Kammer einerseits zur Frage der Zulässigkeit von im Eheschutz angeordneten vorsorglichen Geldzahlungen (vgl. Urteile des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Mai 2014 LE130066, Erw. 4.3, und Urteil vom 2. Juli 2013 LE130032, Erw. 3.2) sowie andererseits zur Frage der Zulässigkeit der Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses im Eheschutzverfahren (vgl. Urteile des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Februar 2014 RE130027, Erw. 4, mit Hinweis auf RE130016 vom 17. September 2013 sowie LE130048 vom 21. Oktober 2013) hingewiesen.

6. Der Gesuchsgegner wird im bei der Vorinstanz anhängigen Eheschutzverfahren seit dem 9. Januar 2015 durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ vertreten (Urk. 46; Urk. 47). Die Mandatierung eines Anwalts macht Sinn und erweist sich aufgrund der gesundheitlichen Situation des Gesuchsgegners, auch zur Wahrung der Interessen der Gesuchstellerin, als notwendig. Eine Kopie des vorliegenden Entscheids wird Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ zugestellt.

III.

Im Falle eines Rückweisungsentscheides kann sich die Rechtsmittelinstanz damit begnügen, lediglich ihre Gerichtskosten festzusetzen und deren Verteilung sowie den Entscheid über die Parteientschädigung der Vorinstanz überlassen; d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 7). Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind in Anwendung der §§ 5 Abs. 1 i.V.m. 6 Abs. 1 und

Abs. 2 lit. b und 12 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Vorzumerken ist, dass der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– geleistet hat.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 18. Dezember 2014 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Die Dispositivziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 18. Dezember 2014 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
4. Die Verteilung der Gerichtskosten sowie die Regelung der Parteientschädigung des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vorbehalten.
5. Es wird vorgemerkt, dass der Gesuchsgegner im zweitinstanzlichen Verfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– geleistet hat.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an Rechtsanwalt lic. iur. X._____, ... [Adresse], sowie an das Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 27. März 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am: js