

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE190053-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

Beschluss vom 16. April 2020

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichts im
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 10. September 2019
(EE170013-G)**

Erwägungen:

1. Die Parteien sind verheiratet. Aus der Ehe gingen zwei Kinder, C._____, geboren tt.mm.2002, und D._____, geboren am tt.mm.2004, hervor. Seit dem 8. November 2016 leben die Parteien getrennt. Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) ist in einem Umfang von zirka 30 % als freie Journalistin erwerbstätig. Der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner) ist Betriebsökonom und selbstständig erwerbstätig, wobei er sein Einkommen hauptsächlich über die E.____ AG generiert (Urk. 133 S. 23, 32).

2. Mit Eingabe vom 28. Februar 2017 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht am Bezirksgericht Meilen ein Eheschutzgesuch (Urk. 1). Der detaillierte Prozessverlauf lässt sich dem angefochtenen Entscheid entnehmen (Urk. 133 S. 6-8). Am 22. November 2018 machte der Gesuchsgegner beim Bezirksgericht Zürich die Scheidungsklage anhängig (Urk. 133 S. 8). Am 10. September 2019 fällte die Vorinstanz folgenden Entscheid (Urk. 133 S. 55 ff.):

"1. Auf folgende Anträge der Parteien wird nicht eingetreten:

- Gesuchstellerin: Ziff. 2, 3,
- Gesuchsgegner: Ziff. 2, 3, 4, 10

2. Den Parteien wird das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit bewilligt. Es wird davon Vormerk genommen, dass sie bereits seit dem 8. November 2016 getrennt leben.

3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, für die Kinder der Parteien, C._____, geboren tt.mm.2002, und D._____, geboren tt.mm.2004, monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. Familienzulagen) wie folgt zu bezahlen:

Für die Zeit vom 1. Juni 2017 bis 31. Dezember 2017:

- CHF 2'475.00 pro Kind,

für die Zeit vom 1. Januar 2018 bis 17. September 2018:

- CHF 2'485.00 pro Kind,

für die Zeit ab 18. September 2018:

- CHF 1'840.00 pro Kind.

Die Unterhaltsbeiträge und die Familienzulagen waren bzw. sind an die Gesuchstellerin zahlbar und zwar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

Ein Betreuungsunterhalt ist nicht geschuldet.

4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:

Für die Zeit vom 1. Juni 2017 bis 31. Dezember 2017:

– CHF 2'404.00,

für die Zeit vom 1. Januar 2018 bis 17. September 2018

– CHF 2'380.00,

für die Zeit ab 18. September 2018:

– CHF 2'659.00.

Die Unterhaltsbeiträge waren bzw. sind im Voraus zahlbar, und zwar auf den Ersten eines jeden Monats.

5. Grundlagen der Unterhaltsberechnung:

Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, Familienzulagen separat:

– Ehefrau: CHF 2'363.00 (30% Pensum)

– Ehemann: CHF 11'559.00

– Kinder: je die Familienzulage von derzeit CHF 250.00

Notbedarf für die Phase I

– Ehefrau: CHF 6'156.00

– Ehemann: CHF 4'210.00

– C._____: CHF 2'723.00

– D._____: CHF 2'722.00

Notbedarf für die Phase II

- Ehefrau: CHF 6'266.00
- Ehemann: CHF 4'210.00
- C._____: CHF 2'735.00
- D._____: CHF 2'734.00

Notbedarf für die Phase III

- Ehefrau: CHF 4'011.00
- Ehemann: CHF 4'210.00
- C._____: CHF 1'585.00
- D._____: CHF 1'584.00

6. Der Gesuchsgegner hat an vorstehende Unterhaltsverpflichtungen bis und mit 12. November 2018 bereits den Betrag von CHF 98'735.50 geleistet und seine Verpflichtung ist im entsprechenden Umfang als durch Tilgung der Forderung erloschen.
7. Zwischen den Parteien wird mit Wirkung ab 12. Juni 2017 die Gütertrennung angeordnet.
8. Sämtliche übrigen, von vorstehenden Anordnungen abweichenden bzw. darüber hinausgehenden Anträge der Parteien werden abgewiesen.
9. Die Entscheidgebür wird festgesetzt auf CHF 10'000.00.
10. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Gesuchsgegner verpflichtet hat, die Gerichtskosten zu übernehmen.
11. Die Gerichtskosten werden aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 10'000.00 bezogen, sind ihr aber vom Gesuchsgegner zu ersetzen.
12. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien gegenseitig auf Parteientschädigung verzichtet haben.
13. [Schriftliche Mitteilung]
14. [Berufung]"

3. Dagegen liess die Gesuchstellerin rechtzeitig (vgl. Urk. 131/1) mit Zuschrift vom 16. Oktober 2019 Berufung erheben (Urk. 132). Den ihr mit Präsidialverfügung vom 25. November 2019 auferlegten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 8'500.– bezahlte sie rechtzeitig (Urk. 139 und 141). Gemäss Schreiben vom 27./28. Januar 2020 liess die Gesuchstellerin das Urteil der Kammer vom 22. Januar 2020 betreffend Abweisung der Beschwerde des Gesuchsgegners gegen die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 4. November 2019 betreffend Abweisung seines Berichtigungs- bzw. Erläuterungsbegehrens einreichen (Urk. 144, Urk. 145 und Urk. 146; vgl. auch Prozess-Nr. RE190014: Urk. 4/1 und Urk. 146). Mit Eingabe vom 31. Januar 2020 erstattete der Gesuchsgegner rechtzeitig seine Berufungsantwort (Urk. 148, Urk. 149 und Urk. 150/1-4). Mit Präsidialverfügung vom 12. März 2020 wurden die Schreiben der Gesuchstellerin vom 27./28. Januar 2020 samt Beilage und die Berufungsantwortsschrift des Gesuchsgegners samt Beilagenverzeichnis und Beilagen je der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt. Ferner wurde den Parteien der Eintritt der Urteilsberatungsphase angezeigt (Urk. 151).

4. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositivziffern 2 und 6 bis 8 des vorinstanzlichen Entscheids blieben unangefochten (Urk. 133 S. 55, 57; Urk. 132 S. 2 ff.). Dispositivziffer 8 (Abweisung sämtlicher übrigen, von vorstehenden Anordnungen abweichenden bzw. darüber hinausgehenden Anträge der Parteien) hängt allerdings mit der angefochtenen Regelung zusammen, weshalb sie nicht rechtskräftig zu erklären ist. Ansonsten ist der Entscheid der Vorinstanz in den nicht angefochtenen Dispositivziffern in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken. Die ebenfalls nicht angefochtenen erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 133 S. 57, Dispositivziffern 9 bis 12; Urk. 132 S. 2 ff.) werden demgegenüber vorab nicht teilrechtskräftig erklärt.

Die Vorinstanz trat auf die Anträge Ziffern 2 (Obhut), 3 (Wohnsitz der Kinder), 4 (Betreuungsanteile) und 10 (Hausrat- und Mobiliar) des Gesuchsgegners (vgl. Urk. 79 S. 2 f. und Urk. 106 S. 2) nicht ein (Urk. 133 S. 55, Dispositivziffer 1). Zwar hat der Gesuchsgegner seinerseits keine Berufung erhoben, allerdings wird

sich die Vorinstanz - wie darzutun sein wird - mit den Kinderbelangen (Obhut, Betreuungsanteile bzw. Besuchsrecht und Wohnsitz) zu befassen haben, weshalb diesbezüglich keine (Teil-)Rechtskraft vorzumerken ist. Insofern die Vorinstanz auf den Antrag Ziffer 10 des Gesuchsgegners betreffend die Regelung des Hausrats und Mobiliars nicht eintrat, kann die (Teil-)Rechtskraft der Dispositivziffer 1 demgegenüber vorgemerkt werden.

5.1. Der Vorderrichter trat auf die Anträge 2 und 3 der Gesuchstellerin betreffend Regelung der Obhut und des Besuchsrechts (Urk. 87 S. 2) mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein (Urk. 133 S. 55, Dispositivziffer 1). Er stellte sich auf den Standpunkt, der Eheschutzrichter bleibe zur Behandlung eines Getrenntlebensbegehrens zuständig, wenn während der Pendency des Eheschutzverfahrens die Ehescheidungsklage anhängig gemacht werde, sofern die Massnahmen in die Zeit vor der Anhängigmachung der Scheidungsklage zurückwirken könnten. Solches sei hinsichtlich der Zuteilung der Obhut über die Kinder, des Entscheids über den Wohnsitz der Kinder, der Regelung der Betreuung der Kinder bzw. der Regelung des diesbezüglichen Besuchsrechts und der Regelung der Benützung des Hausrats und des Mobiliars nicht der Fall. Insofern erachte sich das Eheschutzgericht als nicht (mehr) zuständig (Urk. 133 S. 8 f.).

5.2. Die Gesuchstellerin verlangt mit ihrer Berufung die Aufhebung des erstinstanzlichen Nichteintretensentscheids und die Zuteilung der elterlichen Obhut über die beiden Kinder an sie sowie die Regelung des Besuchsrechts des Gesuchsgegners. Eventualiter sei die Sache diesbezüglich zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 132 S. 2 f., Anträge Ziffern 1 und 2, S. 11 f.).

Der Gesuchsgegner vertritt wie schon vor Vorinstanz die Auffassung, der Eheschutzrichter sei noch zur Regelung der Obhut und des Besuchsrechts zuständig, zumal die Unterhaltsbeiträge von der konkreten Betreuungsregelung abhängig seien, womit die Vorinstanz zu Unrecht auf diese Anträge nicht eingetreten sei. Betreffend die konkrete Ausgestaltung der Betreuung würden die Parteianträge indes übereinstimmen, mit der Ausnahme, dass er die alternierende und die Gesuchstellerin die alleinige Obhut beantragen würden. Bei der vorliegenden Betreuung durch ihn im Umfang von 35 % (bzw. 30 % laut der Gesuchstellerin) liege

jedoch klarerweise eine alternierende Obhut vor. Dies sei festzuhalten und mit Blick auf die Unterhaltsbeiträge ab Mitte November 2018 zu berücksichtigen (Urk. 148 S. 5 f.).

5.3. Das Bundesgericht hat in BGE 129 III 60 aufgezeigt, wie die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Eheschutz- und Scheidungsgericht vorzunehmen ist, wenn während des Eheschutzverfahrens die Scheidung rechtshängig gemacht wird, und dies in BGE 138 III 646 E. 3.3.2 S. 648 f. präzisiert. Demnach wird ein Eheschutzverfahren durch die Einleitung der Scheidung nicht hinfällig. Das Eheschutzgericht bleibt zuständig für Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung, selbst wenn es darüber erst nach diesem Zeitpunkt entscheiden kann (BGE 138 III 646 E. 3.3.2 S. 648 f.; BGE 129 III 60 E. 3 S. 62 f. und E. 4.2 S. 63; mit Hinweis auf BGE 101 II 1 S. 2 f.; vgl. auch BGer 5A_627/2016 vom 28. August 2017 E. 1.3). Die Eheschutzmassnahmen wirken über den Entscheid - und damit auch über die Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens - hinaus, bis der Scheidungsrichter etwas anderes verfügt (BGE 138 III 646 E. 3.3.2 S. 648 f.; Urteil 5A_627/2016 vom 28. August 2017 E. 1.3; BGer 5A_316/2018 vom 5. März 2019 E. 3.2 und 3.3). Ein Begehren um vorsorgliche Massnahmen stellte im Scheidungsverfahren bislang keine der Parteien (Urk. 132 S. 12; Urk. 148 S. 5 f.).

Das Scheidungsverfahren wurde am 22. November 2018 anhängig gemacht (Urk. 133 S. 8). Bei Einleitung des Eheschutzverfahrens am 28. Februar 2017 (Urk. 1) war das vorinstanzliche Eheschutzgericht damit zweifellos sachlich zuständig. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist das Eheschutzgericht auch für die Regelung der Kinderbelange (Obhut, Betreuungsanteile/Besuchsrecht, Wohnsitz) nach wie vor zuständig. Mangels im Scheidungsverfahren gestellter Massnahmebegehren werden die zu treffenden Entscheide über die Einleitung des Scheidungsverfahrens hinaus Geltung haben, bis der Scheidungsrichter andere Anordnungen trifft. Wird über Eheschutzmassnahmen erst nach Rechtshängigkeit der Scheidungsklage entschieden, dürfen gemäss Rechtsprechung der entscheidenden Kammer sowie des früheren Kassationsgerichts jedoch Tatsachen, die sich erst nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ereignet haben

bzw. erst in einem Zeitpunkt danach wirksam werden, nicht mehr in die materielle Beurteilung der Eheschutzmassnahmen einfließen (*OGer ZH LE170039 vom 14. März 2018 E. II.3.1.*; *OGer ZH LE140026 vom 14. November 2014 E. 4.2.*; ZR 101 [2002] Nr. 25; ZR 82 [1983] Nr. 3). Möchte eine Partei solche Tatsachen berücksichtigen haben, muss sie nach Anhängigmachung des Scheidungsverfahrens, unabhängig davon, ob der Eheschutzentscheid bereits ergangen ist oder nicht, ein Begehren um Erlass von vorsorglichen Massnahmen beim sachlich zuständigen Scheidungsrichter stellen.

Nach dem Gesagten ist der angefochtene Entscheid antragsgemäss aufzuheben, soweit die Vorinstanz zum Schluss kam, mangels sachlicher Zuständigkeit des Eheschutzrichters sei auf die Anträge Ziffern 2 und 3 der Gesuchstellerin nicht einzutreten. Darüber hinaus ist der angefochtene Entscheid gestützt auf die in Kinderbelangen herrschende *Offizialmaxime* (Art. 296 Abs. 3 ZPO) von Amtes wegen auch dahingehend aufzuheben, als die Vorinstanz auf die Anträge Ziffern 2, 3 und 4 des Gesuchsgegners nicht eintrat. Gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO ist die Sache diesbezüglich an die Vorinstanz zur Anhandnahme zurückzuweisen.

6.1. Die Gesuchstellerin rügt sodann eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs in Gestalt des sog. Replikrechts durch die Vorinstanz und verlangt die Rückweisung der Sache an diese zwecks Neuurteilung (Urk. 132 S. 6 ff., Ziff. II).

6.2. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (BGE 139 I 189 E. 3.2 S. 191 f.; BGE 133 I 98 E. 2.1 S. 99). Die Wahrnehmung des Rechts auf Replik setzt voraus, dass die von den übrigen Verfahrensbeteiligten eingereichten Eingaben der Partei zugestellt werden, damit sie entscheiden kann, ob sie sich dazu äussern will oder nicht (BGE 139 I 189 E. 3.2 S. 191 f.; BGE 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197). Es obliegt dem Gericht, in jedem Einzelfall ein effektives Replikrecht zu gewähren. Hierfür kann es den Parteien eine Frist setzen (vgl. BGE 133 V 196 E. 1.2 S. 198). Es kann die Eingabe aber auch lediglich zur Kenntnisnahme zustellen, wenn von den Parteien, namentlich von anwaltlich Vertretenen oder Rechtskundigen, erwartet werden kann, dass sie um-

gehend unaufgefordert Stellung nehmen oder eine Stellungnahme beantragen (BGE 138 I 484 E. 2.4 S. 487). Nach der Zustellung zur Kenntnisnahme ist das Gericht gehalten, eine angemessene Zeitspanne mit dem Entscheid zuzuwarten. Vor Ablauf von zehn Tagen darf es im Allgemeinen nicht von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgehen (BGer 2C_876/2016 vom 17. Juli 2017 E. 2.2; 2C_469/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 2.2 mit Hinweisen). Diese Wartefrist für das Gericht schliesst die Zeit, welche die Partei zur Übermittlung ihrer (Replik-)Eingabe benötigt, bereits ein (BGer 5A_929/2018 vom 6. Juni 2019 E. 2.2; 5D_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3.4 und 2.4; 8C_229/2017 vom 25. Januar 2018 E. 4.1, in: RDAF 2018 I S. 40). Entsprechend obliegt es einer Partei, die eine Stellungnahme zu einer ihr ohne Fristansetzung zugestellten Vernehmlassung für erforderlich hält, entweder umgehend eine Stellungnahme einzureichen oder, falls sie sich hierzu ausserstande sieht, dem Gericht anzukündigen, dass sie eine Stellungnahme einzureichen beabsichtige bzw. dieses um Ansetzung einer Frist zu ersuchen (BGE 138 I 484 E. 2.2 S. 486; BGE 133 I 100 E. 4.8 S. 105; BGer 5A_120/2019 vom 21. August 2019 E. 2.2).

Vorliegend ging bei der Gesuchstellerin am 28. August 2019 die Stellungnahme des Gesuchsgegners vom 19. August 2019 samt Beilagen (Urk. 106, Urk. 107 und Urk. 108/1-28) ein, welche ihr die Vorinstanz zur Kenntnisnahme zugestellt hat (Urk. 110). Mit Eingabe vom 4. September 2019 (bei der Vorinstanz am 5. September 2019 eingegangen) beantragte die Gesuchstellerin die Ansetzung einer Frist zur Wahrnehmung ihres Replikrechts (Urk. 111). Mit Schreiben vom 9. September 2019 (bei der Gesuchstellerin am 11. September 2019 eingegangen [Urk. 115]) teilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin mit, "dass aus ihrer Sicht keine Veranlassung für eine Fristansetzung besteht" (Urk. 113). Die Gesuchstellerin teilte der Vorinstanz umgehend mit Eingabe vom 11. September 2019 gleichentags per Fax (Urk. 116) und mittels am 12. September 2019 bei der Vorinstanz eingegangenem Einschreiben (Urk. 117) mit, dass sie das Replikrecht bis spätestens am 13. September 2019 wahrnehmen werde. Die entsprechende Eingabe vom 12. September 2019 samt Beilagen ging bei der Vorinstanz am 13. September 2019 ein (Urk. 120, Urk. 121 und Urk. 122/1-25). Die Vorinstanz entschied am 10. September 2019 (Urk. 126).

Nachdem der Gesuchstellerin die Eingabe des Gesuchsgegners vom 19. August 2019 am 28. August 2019 zugestellt worden war, beantragte sie mithin mittels Eingabe vom 4. September 2019 - und damit unverzüglich innert höchstens zehn Tagen - bei der Vorinstanz die Ansetzung einer Frist zur Wahrung ihres Replikrechts (Urk. 111). Damit kam sie ihren prozessualen Obliegenheiten gemäss bundesgerichtlicher Praxis hinreichend nach. Die Vorinstanz wusste, dass die Gesuchstellerin von dem ihr zustehenden Replikrecht Gebrauch machen wollte und war gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gehalten, ihr antragsgemäss eine entsprechende Frist zur Wahrung des Replikrechts anzusetzen. Dennoch verweigerte die Vorinstanz der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 9. September 2019 eine solche Fristansetzung explizit (vgl. Urk. 113) und fällte darüber hinaus tags darauf am 10. September 2019 den angefochtenen Entscheid (Urk. 133). Die von der Gesuchstellerin am 11./12. September 2019 angekündigte (vgl. Urk. 117) und denn auch am 13. September 2019 erstattete Eingabe samt Beilagen (Urk. 120, Urk. 121 und Urk. 122/1-25) wurde von der ersten Instanz dementsprechend nicht mehr berücksichtigt. Damit konnte die Gesuchstellerin ihr (unbedingtes) Replikrecht nicht mehr wahren. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist daher begründet.

6.3. Der Anspruch auf rechtliches Gehör bildet eine formelle Verfahrensgarantie, womit seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 135 I 187 E. 2.2 S. 190 mit Hinweisen), wenn eine Heilung in oberer Instanz ausser Betracht fällt (zu den Voraussetzungen vgl. BGE 142 II 218 E. 2.8.1 S. 226; BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f.). Dem Anspruch auf rechtliches Gehör kommt indes kein Selbstzweck zu. Ungeachtet der formellen Natur des Gehörsanspruchs besteht dann kein schützenswertes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids, wenn nicht bestritten ist, dass eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs keinen Einfluss auf den Verfahrensausgang gehabt hätte (vgl. BGE 143 IV 380 E. 1.4.1 S. 386; BGer 5A_371/2019 vom 24. Juli 2019 E. 3.2; 5A_561/2018 vom 14. Dezember 2018 E. 2.3; 4A_85/2018 vom 4. September 2018 E. 5; 5A_699/2017 vom 24. Oktober 2017 E. 3.1.3; BGer 5A_120/2019 vom 21. August 2019 E. 2.3).

Wie aufgezeigt, ist der Prozess hinsichtlich der von der Vorinstanz nicht behandelten Kinderbelange zwecks Wahrung des Instanzenzugs an diese zurückzuweisen. Die weiter angefochtenen Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge samt finanziellen Eckdaten (Urk. 133 S. 55 f., Dispositivziffern 3, 4 und 5; Urk. 132 S. 2 f.) stehen mit den nicht beurteilten Kinderbelangen in engem Zusammenhang. Um diese Fragen beantworten zu können, muss die Vorinstanz auch über die strittige Obhutszuteilung und als Folge davon über die Betreuungsanteile bzw. Besuchsrechtsregelung betreffend die beiden Kinder der Parteien entscheiden. Insbesondere hätte die Anordnung der vom Gesuchsgegner beantragten alternierenden Obhut (vgl. Urk. 79 S. 2 und Urk. 106 S. 2) Auswirkungen hinsichtlich der Aufteilung der Kinderkosten und der Bedarfsberechnungen (vgl. z.B. Urk. 79 S. 15; vgl. auch Urk. 148 S. 5). Allein schon vor diesem Hintergrund drängt sich auch hinsichtlich der finanziellen Belange eine Rückweisung an die erste Instanz auf.

Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus - im Sinne einer Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung 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 (vgl. zum Ganzen: BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2; BGE 133 I 201 E. 2.2; BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGE 142 II 218 E. 2.8.1).

Die Berufungsinstanz verfügt über volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen (Art. 310 ZPO), weshalb eine Heilung der Gehörsverletzung in Betracht fiele. Die Verletzung des (unbedingten) Replikrechts ist vorliegend jedoch als erheblich zu werten: Der Gesuchsgegner reichte mit Eingabe vom 19. August 2019 eine 45-seitige Stellungnahme mit zahlreichen neuen Beilagen, unter anderem zu seinen Einkommensverhältnissen, ins Recht (Urk. 106, Urk. 107 und Urk. 108/1-28). Die

von der Vorinstanz nicht mehr berücksichtigte Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 12. September 2019 (Urk. 120) dazu umfasst 23 Seiten und es wurden damit zahlreiche Beilagen (Urk. 122/1-25) eingereicht. Es geht dabei vor allem um allfällige erhebliche Mehreinnahmen der E. _____ AG bzw. des Gesuchsgegners (vgl. Urk. 133 S. 24) über die im März 2018 gegründete F. _____ Ltd in G. _____. Während der Gesuchsgegner einräumte, in deren Verwaltungsrat zu sein und pro Sitzung Taggelder in der Höhe von je USD 2'000.– zu verdienen, will die Gesuchstellerin ihm gestützt auf die vom Gesuchsgegner neu eingereichten Buchhaltungskonti (Urk. 108/9-12) und den Umstand, dass es sich bei den Zahlungen "für Dritteleistungen Partner" wirtschaftlich um Zahlungen an die Partner der E. _____ AG handle, massiv höhere Einkünfte anrechnen (Urk. 132 S. 14 ff., 19; Urk. 108/11; Urk. 120). Es kann nicht Aufgabe der Rechtsmittelinstanz sein, die neuen diesbezüglichen Ausführungen und Beilagen der Gesuchstellerin erstmalig zu würdigen. Dies gilt auch bezüglich der neuen Vorbringen und Urkunden des Gesuchsgegners im Berufungsverfahren in diesem Zusammenhang (vgl. Urk. 148 S. 12 ff.; Urk. 150/1-4). Es ist somit ein wesentlicher Teil des Sachverhalts zu vervollständigen (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Zwecks Wahrung des Instanzenzugs wird sich die Vorinstanz vertieft damit auseinandersetzen haben. Von einem bloss formalistischen Leerlauf kann jedenfalls nicht die Rede sein.

Weil die Vorinstanz als Eheschutzgericht für Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung zuständig bleibt, auch wenn sie darüber erst nach diesem Zeitpunkt entscheidet, und Eheschutzmassnahmen über den Entscheid – und damit über die Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens – hinaus wirken, bis der Scheidungsrichter etwas anderes verfügt (vorstehend E. 5.3) sind die Unterhaltsbeiträge unbefristet für die weitere Dauer des Getrenntlebens festzulegen. Da indes nur Fakten bis zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage zu berücksichtigen sind, ist der Vorinstanz dahingehend zuzustimmen, dass sie sich nicht zu allfälligen bereits geleisteten Zahlungen des Gesuchsgegners für den Zeitraum ab 23. November 2018 zu äussern hat (Urk. 133 S. 53).

Schliesslich bleibt anzumerken, dass die Angelegenheit in zeitlicher Hinsicht nicht allzu dringlich erscheint, weil betreffend das Besuchsrecht und die Unterhaltsbeiträge eine einstweilige Regelung besteht (vgl. Urk. 50). Auch der zeitliche Aspekt steht einer Rückweisung des Verfahrens somit nicht entgegen.

7. Zusammengefasst ist der Entscheid des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 10. September 2019 somit hinsichtlich der angefochtenen Dispositivziffern 1 (ausgenommen betreffend das nicht angefochtene Nichteintreten auf den Antrag Ziffer 10 des Gesuchsgegners), 3, 4, 5 und 8 aufzuheben und zwecks (Neu-)Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

8. Zufolge Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren nicht abschliessend geregelt werden. Die Vorinstanz wird die Gerichtsgebühr neu festzusetzen und die Kosten neu zu verteilen haben. Es sind daher zwar für das Berufungsverfahren Gerichtskosten festzusetzen, doch ist der Entscheid über die Kostenaufgabe und die Regelung der Entschädigungsfolgen dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Da das Verfahren nicht abgeschlossen wird, ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren in Anwendung von §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b und 12 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Es ist sodann vorzumerken, dass die Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 8'500.– geleistet hat.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 (bezüglich Nichteintreten auf Antrag Ziffer 10 des Gesuchsgegners), 2 und 6 bis 7 des Entscheids des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 10. September 2019 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Die Dispositiv-Ziffern 1 (betreffend Nichteintreten auf die Anträge Ziffern 2 und 3 der Gesuchstellerin und die Anträge Ziffern 2, 3 und 4 des Gesuchs-

gegners), 3, 4, 5, 8 und 9 bis 12 des Entscheids des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 10. September 2019 werden aufgehoben und die Sache wird zur Anhandnahme bzw. zur Vervollständigung des Sachverhalts und neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. Es wird vorgemerkt, dass die Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 8'500.– geleistet hat.
4. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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.

Zürich, 16. April 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:
mc