

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY160013-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

Beschluss vom 26. Juli 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 26. Februar 2016 (FE110156-G)

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien stehen seit Anfang Oktober 2011 vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren gemäss Art. 112 ZGB (Urk. 1; Urk. 2). Mit Eingabe vom 25. Mai 2015 hatte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) mitunter den Antrag gestellt, es sei vorab über die von ihr in der Klagebegründung unter Verfahrensanträge Ziffer B. lit. a bis f gestellten Editionsbegehren als vorsorgliche Massnahme zu entscheiden (Urk. 12/117 S. 6 ff.; Urk. 12/130 S. 1, Anträge Ziffer 2). Mit Verfügung vom 10. August 2015 wies die Vorinstanz die Verfahrensanträge Ziffer B. lit. a bis f der Klagebegründung vom 20. November 2014 und die Anträge Ziffer 2a, 2b und 3a des vorsorglichen Massnahmebegehrens vom 25. Mai 2015 ab, soweit sie nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben waren. Sodann trat sie auf die Anträge Ziffer 3b und c des vorsorglichen Massnahmebegehrens nicht ein (Urk. 12/139 S. 14, Dispositivziffern 1 und 2). In der Replik vom 14. September 2015 verlangte die Gesuchstellerin erneut, der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsteller) sei gestützt auf Art. 170 ZGB zur Edition von diversen Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen zu verpflichten (vgl. Urk. 12/141 S. 4 ff., Anträge Ziffer 6.4.27 ff., und S. 24). Die Vorinstanz behandelte die Begehren um Auskunftserteilung als (erneute) vorsorgliche Massnahmebegehren (Urk. 2 S. 9). Mit Erstverfügung vom 26. Februar 2016 wies sie sämtliche Begehren ab (Urk. 2 S. 13, Dispositivziffer 1 und 2). Sodann wies die Vorinstanz den Antrag der Gesuchstellerin auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses ab (Dispositivziffer 3). Mit Zweitverfügung vom 26. Februar 2016 setzte sie der Gesuchstellerin Frist an, um zu den Noven in der Duplik Stellung zu nehmen (Urk. 2 S. 14, Dispositivziffer 1). Die Verfügung vom 26. Februar 2016 wurde der Gesuchstellerin persönlich zugestellt, da ihre vormalige Rechtsvertreterin Dr. iur. X1._____ der Vorinstanz mit Schreiben vom 12. Oktober 2015 mitgeteilt hatte, dass sie die Gesuchstellerin nicht mehr vertrete (Urk. 12/143), und die Gesuchstellerin zwischenzeitlich keine neue Vertretung mandatiert hatte.

2. Mit Eingaben vom 8. März 2016 (Urk. 1) und 15. März 2016 (Urk. 9) stellte die Gesuchstellerin, welche neu durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____ vertreten wird, fristgerecht die folgenden Anträge (Urk. 9 S. 2; Urk. 12/150/2):

"1. Die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 26. Februar 2016 (Geschäfts-Nr. FE110156) sei aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten der Staatskasse.

Eventualiter:

3. In Gutheissung der Berufung sei Dispositiv Ziff. 1 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 26. Februar 2016 (Geschäfts-Nr. FE110156) aufzuheben, die in der Replik auf Seite 24 gestellten Auskunftsbegehren (act. 149 Rz 47) gutzuheissen und der Gesuchsteller zu verpflichten, die verlangten Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Unterlagen vorzulegen.

4. In Gutheissung der Berufung sei Dispositiv Ziff. 2 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 26. Februar 2016 (Geschäfts-Nr. FE110156) aufzuheben, die Auskunftsbegehren gemäss Anträge Ziff. 6.4.27 bis 6.4.58 der Replik (act. 141 S. 4 ff.) gutzuheissen und der Gesuchsteller zu verpflichten, die verlangten Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Unterlagen vorzulegen.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten des Berufungsbeklagten für das vorliegende zweitinstanzliche Verfahren."

Der Gesuchsteller beantragte mit der Berufungsantwort vom 25. April 2016 die Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchstellerin (Urk. 16 S. 2). Die Eingabe der Gesuchstellerin vom 4. Juli 2016 (samt Beilagen) wurde dem Gesuchsteller zur Kenntnis gebracht (Urk. 22; Urk. 23/1-2). Der Gesuchsteller hat auf eine "weitere Replik" verzichtet (Urk. 25).

3. Die Gesuchstellerin hat fristgerecht einen Kostenvorschuss von Fr. 8'000.- geleistet (Urk. 13 S. 3; Urk. 14).

4.1. Die Gesuchstellerin verlangt im Hauptantrag die Aufhebung der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 26. Februar 2016 und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuem Entscheid (Urk. 9 S. 2, Antrag 1). Eventualiter beantragt sie die Gutheissung der in den Dispositivziffern 1 und 2 der Erstverfügung vom 26. Februar 2016 abge-

wiesenen Auskunftsbegehren und die Verpflichtung des Gesuchstellers, die verlangten Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Unterlagen vorzulegen (Urk. 9 S. 2, Anträge 3 und 4).

4.2. Rechtsmittelanträge sind nach Treu und Glauben, insbesondere unter Zuhilfenahme der Rechtsmittelbegründung, auszulegen. Mit der Zweitverfügung vom 26. Februar 2016 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zu den Noven in der Duplik Stellung zu nehmen (Urk. 2 S. 14, Dispositivziffer 1). Dabei handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung. Prozessleitende Entscheide sind mittels Beschwerde anzufechten. Eine Beschwerde hat die Gesuchstellerin nicht erhoben. Sodann ist die Beschwerde - von hier nicht einschlägigen, im Gesetz explizit vorgesehenen Fällen abgesehen - nur zulässig, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Die Beweislast für das Bestehen der Gefahr eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils trägt die Beschwerde führende Partei, falls die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (BK ZPO-Sterchi, Art. 319 N 15). Die Gesuchstellerin macht in ihrer Berufungsschrift keine Ausführungen dazu, wieso sie durch die Fristansetzung der Vorinstanz für eine Stellungnahme zu den Dupliknoven einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil erlitten haben soll. Es ist daher nach Treu und Glauben davon auszugehen, dass sie nur die Erstverfügung (fortan Verfügung) der Vorinstanz anfechten wollte.

4.3. Weil die Berufung in der Regel reformatorische Wirkung hat (Art. 318 Abs. 1 lit. a und b), genügt es regelmässig nicht, nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung an die Vorinstanz zu verlangen. Mit Dispositivziffer 3 der Verfügung vom 26. Februar 2016 wurde der Antrag der Gesuchstellerin auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses abgewiesen (Urk. 2 S. 13). Die Gesuchstellerin stellt diesbezüglich im Berufungsverfahren keinen Eventualantrag. Sie setzt sich in ihrer Berufungsbegründung mit keinem Wort mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander (Urk. 9 S. 2 ff.). Entsprechend ist auf die Berufung insoweit nicht einzutreten, als sie Dispositivziffer 3 der Verfügung der Vorinstanz vom 26. Februar 2016 betrifft.

5. Auf die Ausführungen der Parteien wird nachfolgend nur soweit notwendig eingegangen.

II.

1. Die Gesuchstellerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da ihr die Duplik, welche die Stellungnahme des Gesuchstellers zu den Auskunftsbegehren enthielt, erst am 8. März 2016 und damit nach Fällung des vorinstanzlichen Entscheids zugestellt worden sei. Sie habe die Duplik bzw. die Stellungnahme gar erst drei Tage nach der Zustellung des vorinstanzlichen Entscheids erhalten (Urk. 1 S. 3 f.; Urk. 9 S. 3).

2.1. Nach Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Aus dieser verfassungsmässigen Garantie folgt unter anderem das Recht einer Partei, sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu den Stellungnahmen und Vernehmlassungen der anderen Verfahrensparteien, unteren Instanzen und weiteren Stellen zu äussern. Dieses Äusserungsrecht steht einer Prozesspartei unabhängig davon zu, ob die eingereichte Eingabe neue und/oder wesentliche Vorbringen enthält und ob sie im Einzelfall geeignet ist, den richterlichen Entscheid zu beeinflussen. Es ist Sache der Parteien und nicht des Gerichts zu beurteilen, ob eine neue Eingabe oder ein neues Beweismittel Bemerkungen erfordert. Damit die Partei ihr Replikrecht auch tatsächlich wahrnehmen kann, muss ihr die fragliche Eingabe vor Erlass des Urteils zugestellt werden. Nur so kann sie sich darüber schlüssig werden, ob sie sich dazu äussern will. In diesem Sinne ist der Prozesspartei die konkrete Möglichkeit zu einer effektiven Replik einzuräumen (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.1 und BGer 5A_1022/2015 vom 29. April 2016, E. 3.2.1, je mit Hinweisen).

2.2. Die Duplik des Gesuchstellers vom 13. Januar 2016, in welcher er unter anderem zu den von der Gesuchstellerin in der Replik gestellten und von der Vorinstanz als (erneutes) Massnahmebegehren behandelten Auskunftsbegehren

Stellung nahm (Urk. 12/147 S. 4 und 6 f.), wurde der Gesuchstellerin vor Erlass der Verfügung vom 26. Februar 2016 nicht zur Kenntnis gebracht (Urk. 12/147 bis 149; Urk. 12/152/1-2). Die Verfügung wurde der Gesuchstellerin am 5. März 2016 zugestellt (Urk. 12/150/2). Das Doppel der Duplik (und damit auch die Stellungnahme des Gesuchstellers zu den Massnahmebegehren) erhielt die Gesuchstellerin erst am 8. März 2016 (Urk. 12/147; Urk. 12/148/1-8; Urk. 12/152/1-2). Es liegt eine Gehörsverletzung vor.

3.1. Mit dieser Feststellung ist allerdings noch nichts über die Folgen der Verletzung des rechtlichen Gehörs im konkreten Fall gesagt. So kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs 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 (BGer 5A_1022/2015 vom 29. April 2016, E. 5.3 mit Hinweisen).

3.2. Die Berufungsinstanz kann sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen (vgl. Art. 310 ZPO). Vorliegend gilt es hingegen das Folgende zu beachten: Das Bundesgericht hat in der Erwägung 3.2.2 des Urteils 5A_1022/2015 vom 29. April 2016 festgehalten, dass nach der Zustellung zur Kenntnisnahme das Gericht gehalten ist, eine angemessene Zeitspanne mit dem Entscheid zuzuwarten. Vor Ablauf von zehn Tagen darf es im Allgemeinen nicht von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgehen (mit Hinweis auf BGer 2C_469/2014 vom 9. Dezember 2014, E. 2.2). Der Gesuchstellerin hätten vorliegend zur Einreichung der Berufungsschrift grundsätzlich 10 Tage zur Verfügung gestanden. Erwiesenermassen wurde ihr die Duplik, welche die Stellungnahme des Gesuchstellers zu den Auskunftsbegehren enthielt, jedoch erst am 8. März

2016 zugestellt (Urk. 12/152/1-2). Die Frist zur Einreichung der Berufungsbegründung lief am 15. März 2016 ab. Somit hätten der Gesuchstellerin, ginge man von einer Heilung der Gehörsverletzung durch die Äusserungen in der Berufungsbegründung aus, zur Wahrung des Replikrechts maximal acht Tage zur Verfügung gestanden. Dies ist in Anbetracht der vorgenannten Rechtsprechung, auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Replikschrift am 10. Tage bei Gericht eingegangen sein muss (5A_1022/2015 vom 29. April 2016, E. 3.2.2 mit Hinweis auf BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.4 und 2.4), zu wenig (vgl. hierzu BGer 1P.798/2005 vom 8. Februar 2006, E. 2.3). Folglich kann die Gehörsverletzung nicht als dadurch geheilt betrachtet werden, dass die Gesuchstellerin sich in ihrer Berufungsbegründung zur Stellungnahme des Gesuchstellers zu den Massnahmebegehren äussern konnte. Entgegen der Ansicht des Gesuchstellers hatte die Gesuchstellerin sodann nach Erhalt der Verfügung vom 26. Februar 2016 keine Veranlassung mehr, bei der Vorinstanz eine Replikschrift einzureichen oder um Ansetzung einer Frist hierfür zu ersuchen (Urk. 16 S. 3). Die Vorinstanz hatte über die Massnahmeanträge bereits entschieden. Die Gesuchstellerin ergriff richtigerweise ein Rechtsmittel und beantragte die Aufhebung des in Verletzung ihres Gehörsanspruchs ergangenen Entscheids, die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zwecks Einhaltung der Verfahrensvorschriften und die Fällung eines neuen Entscheids. Die Aufhebung des vorliegenden Entscheids und die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz stellt denn entgegen der Ansicht des Gesuchstellers auch keinen dahingehenden Leerlauf dar, als die Gesuchstellerin keine Replikschrift mehr einreichen könnte (vgl. Urk. 16 S. 3). Vielmehr wird die Vorinstanz der Gesuchstellerin Gelegenheit geben müssen, eine solche einzureichen. Zwar wäre es der Rechtsmittelinstanz möglich (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO), der Gesuchstellerin selbst eine Frist zur Einreichung einer Replikschrift zur Stellungnahme des Gesuchstellers anzusetzen. Dies erscheint vorliegend jedoch nicht angezeigt. Ein Prozess ist grundsätzlich vor dem erstinstanzlichen Richter abschliessend und damit auch formal korrekt zu Ende zu führen (vgl. hierzu BGer 4A_569/2013, E. 2.3). Hierzu gehört, dass die Fristen zur Einreichung von Replikschriften vor der Entscheidfällung abgewartet werden. Nur dieses Vorgehen bietet Gewähr dafür, dass den Parteien keine Instanz verloren geht. Zwar dauert das

vorliegende Scheidungsverfahren schon relativ lange an, seit Anfang Oktober 2011. Es handelt sich jedoch um ein umfangreiches Verfahren. Es mussten vorsorgliche Massnahmen erlassen werden, insbesondere betreffend die vom Gesuchsteller für die Gesuchstellerin und die beiden gemeinsamen, noch nicht mündigen Töchter zu zahlenden Unterhaltsbeiträge. Das diesbezügliche Urteil der Vorinstanz vom 20. August 2012 wurde von beiden Parteien angefochten (Urk. 12/86). Weiter war das Verfahren vom 5. November 2013 (Urk. 12/95) bis zum 22. September 2014 (Urk. 12/105) sistiert, da die Parteien eine Mediation besuchten. Der Grundsatz der beförderlichen Prozesserledigung steht einer Rückweisung nicht entgegen.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Gesuchstellerin verletzt hat. Sie hat das Recht nicht richtig angewendet. Die Berufung ist in diesem Sinne gutzuheissen (Art. 310 lit. a ZPO). Die Dispositivziffern 1 und 2 der Verfügung der Vorinstanz vom 26. Februar 2016 sind aufzuheben. Die Vorinstanz hat der Gesuchstellerin Gelegenheit zu geben, sich zur Stellungnahme des Gesuchstellers zu den Auskunftsbegehren (vorsorglichen Massnahmen) zu äussern. Hernach hat sie einen neuen Entscheid zu fällen.

III.

Zufolge der Rückweisung des Verfahrens können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt werden. Es sind für das Berufungsverfahren Kosten festzusetzen. Der Entscheid über die Kostenaufgabe und die Regelung der Entschädigungsfolgen ist jedoch dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 1 und § 12 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung gegen Dispositivziffer 3 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 26. Februar 2016 wird nicht eingetreten.
2. Die Dispositivziffern 1 und 2 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 26. Februar 2016 werden aufgehoben und die Sache wird zur Vervollständigung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen sowie zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von Urk. 25.

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 über eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 26. Juli 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:
se