

ZH_OBERGERICHT LE160043 vom 6. September 2016

ZH Obergericht, 2016-09-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE160043

FR: ZH_OBERGERICHT LE160043 du 6 septembre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LE160043 del 6 settembre 2016

Erwägungen

E. 1

Aus der Ehe der Parteien gingen zwei gemeinsame Kinder, C._____, geboren am tt.mm.2002, und D._____, geboren am tt.mm.2010, hervor. Die Parteien leben seit Ende 2013 getrennt. Die Kinder leben mit der Klägerin und Berufungs- beklagten (fortan: Klägerin) in der ehelichen Wohnung. Die Klägerin ist zu 50% als Sachbearbeiterin erwerbstätig. Der Beklagte und Berufungskläger (fortan: Be- klagter) ist Schweisser/Schlosser und arbeitete bis zu seiner Freistellung am 16. Januar 2014 für die G._____. Das Arbeitsverhältnis wurde per 30. April 2014 ge- kündigt (Urk. 26/2). Noch während der Kündigungsfrist erkrankte der Beklagte psychisch und wurde per 20. Januar 2014 krankgeschrieben. In der Folge erhielt er zunächst Lohnfortzahlungen der G.____ (Januar bis Oktober 2014; Urk. 117/1-8), danach bezog er Krankentaggelder der H._____. Die H._____ stellte die Taggeldzahlungen jedoch per 30. September 2015 ein mit der Begründung, ge-

- 8 - mäss Beurteilung des beratenden Arztes Prof. Dr. I._____ vom 24. Juli 2015 sei der Beklagte im angestammten Beruf wieder 100% arbeitsfähig (Urk. 128/1). Seit November 2015 wird der Beklagte von der Sozialhilfe unterstützt (Urk. 165/2). Der behandelnde Arzt, Prof. Dr. J._____, attestierte dem Beklagten indessen auch für die Monate September bis November 2015 eine volle Arbeitsunfähigkeit (Urk. 130/2-4). Für die Zeit danach sind keine ärztlichen Arbeitsunfähigkeitszeug- nisse aktenkundig, der Beklagte stellte jedoch mit Eingaben vom 29. Januar und 23. März 2016 in Aussicht, Berichte zu seiner Arbeitsunfähigkeit einzureichen (Urk. 134 und 142). Ein ärztlicher Bericht von Prof. Dr. J._____ vom 19. Mai 2016 (Urk. 165/4) wurde der Vorinstanz erst am 21. Juli 2016 und damit nach Urteilsfäl- lung eingereicht (Urk. 162 S. 5 ff.).

E. 2

Die Klägerin machte am 2. April 2014 bei der Vorinstanz ein Eheschutzbe- gehren anhängig. Betreffend den vorinstanzlichen Verfahrensgang ist auf die Er- wägungen im angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 163 S. 3 ff.). Vor Vor- instanz wurde der Beklagte bis 9. Dezember 2014 von Rechtsanwalt lic. iur. X2._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand vertreten. Nachdem der Beklagte ihm das Vertrauen entzogen hat, wurde dieser aus seinem Amt entlassen (Urk. 68). Stattdessen wurde Rechtsanwalt Dr. X1._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand des Beklagten bestellt (Urk. 78). Die Vorinstanz fällte am 20. Juli 2016 das Urteil. Dieses nahm der Beklagte am 25. Juli 2016 in Empfang (Urk. 150).

E. 2.1

Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege setzt voraus, dass der Rechtssuchende nicht in der Lage ist, nebst seinem Lebensbedarf für die Verfah- renskosten aufzukommen

(Mittellosigkeit, Art. 117 lit. a ZPO), und sein Rechtsbegehren nicht von Anfang an aussichtslos war (Art. 117 lit. b ZPO). Zusätzlich besteht ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, wenn der Beizug eines Anwalts zur gehörigen Prozessführung und Wahrung der Rechte wirklich geboten war (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

- 14 -

E. 2.2

Aussichtslos sind Rechtsbegehren, deren Gewinnaussichten ex ante betrachtet beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft betrachtet werden können. Entscheidend ist, ob eine nicht bedürftige Partei sich aus Vernunft zu einem Prozess entschliessen würde (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 13).

E. 2.3

Die Berufung des Beklagten stützt sich auf ein unzulässiges Novum. Es bestand mithin, anders als in vielen familienrechtlichen Verfahren, kein Spielraum für einen gutheissenden Entscheid. Mithin war nicht ernstlich mit dem Erfolg der Berufung zu rechnen. Das Rechtsbegehren des Beklagten muss somit als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO bezeichnet werden. 3. Deshalb ist das Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren abzuweisen. Es kann dementsprechend dahingestellt bleiben, ob der Beklagte als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu bezeichnen wäre. Es wird beschlossen:

E. 3

Mit Berufungsschrift vom 4. August 2016 (Poststempel vom gleichen Tag) erhob der Beklagte rechtzeitig Berufung gegen das Urteil vom 20. Juli 2016 mit eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 162; Beilagen und -verzeichnis: Urk. 164 und 165/2-4). Da sich – wie zu zeigen ist – die Berufung sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, konnte auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

E. 3.1

Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur noch zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Der im vorliegenden Verfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (Art. 272 ZPO und Art. 296 Abs. 1 ZPO) ändert daran nichts (BGE 138 III 625 E. 2.2).

E. 3.2

Es ist folglich zunächst zu prüfen, ob der ärztliche Bericht vom 19. Mai 2016 (Urk. 165/4) bei Anwendung der zumutbaren Sorgfalt nicht bereits vor Vorinstanz hätte eingereicht werden können (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO), wobei die Vorinstanz neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen hatte (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Es ist aufgrund der konkreten Umstände zu beurteilen, ob die Voraussetzungen gegeben sind. Es wird in der Lehre die (strenge) Auffassung vertreten, der Sorgfaltsmassstab sei dabei ein objektiverer. Subjektive Elemente seien nicht zu berücksichtigen (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 7). Es sei folglich auf persönliche Umstände bei der novenwilligen Partei wie Ferien, Unfall oder Krankheit, welche das Einbringen der

Tatsache oder des Beweismittels vor erster Instanz verunmöglicht haben, keine Rücksicht zu nehmen (ZK ZPO- Reetz/Hilber, Art. 317 N 63). Begründet wird dies damit, dass mit dem Erfordernis der Anwendung zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz als Voraussetzung für die Einbringung eines Novums vor der Berufungsinstanz primär die Gegenpartei geschützt werden soll. Die novenwillige Partei habe in den vorgenannten Fällen das Nichtvorbringen vor erster Instanz wenn auch nicht verschuldet, so doch zumindest zu vertreten bzw. zu verantworten (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 63). Diese Strenge zum Schutz der Gegenpartei rechtfertigt sich ohne Weiteres bei Geltung der Verhandlungsmaxime. Soweit hingegen in einem – insbesondere familienrechtlichen – Verfahren die Untersuchungsmaxime gilt, ist der novenwilligen

- 11 - Partei bei der Prozessführung insofern unter die Arme zu greifen, als sie mit unechten Noven im Berufungsverfahren nur auszuschliessen ist, wenn ihr deren Nichtvorbringen vor erster Instanz vorzuwerfen ist, nicht jedoch, wenn sie das Nichtvorbringen lediglich zu vertreten hat.

E. 3.3

Der Beklagte begründet die Zulässigkeit der vorgebrachten Noven damit, dass er aufgrund seiner psychischen Verfassung nicht in der Lage gewesen sei, den ärztlichen Bericht vom 19. Mai 2016 (Urk. 165/4) im vorinstanzlichen Verfahren seiner Rechtsvertretung rechtzeitig zukommen zu lassen. Als Beweis für diese Behauptung ruft er gerade jenen ärztlichen Bericht vom 19. Mai 2016 an (Urk. 162 Rz 2.11). Zur Prüfung der Frage, ob ein zulässiges Novum vorliegt, ist der Bericht auf jeden Fall zuzulassen, da sich die Frage der Zulässigkeit dieses Novums im Berufungsverfahren zum ersten Mal stellt. Mit Bezug auf diese Fragestellung hatte der Beklagte deshalb vor Vorinstanz keine Veranlassung, den ärztlichen Bericht einzureichen.

E. 3.4

Aus dem ärztlichen Bericht von Prof. Dr. J. _____ vom 19. Mai 2016 (Urk. 165/4) ergibt sich, dass der Beklagte an einer schweren Anpassungsstörung nach ehelicher Trennung, Trennung von den Kindern, Stellenverlust und dem Tod des Vaters, mit depressiven, ängstlichen und ausgeprägten paranoiden Zügen leide. Ausserdem habe er psychomotorische Auffälligkeiten, welche als Symptome eines atypischen oligosymptomatischen Gilles de la Tourette-Syndrom zu interpretieren seien. Dem Beklagten sei mittels einer stationären Behandlung eine Tagesstruktur zu geben, er sei an eine Aktivität heranzuführen und es sei seine soziale Kontaktfähigkeit im geschützten Rahmen zu fördern. Dieser ärztliche Bericht weckt für den fraglichen Zeitraum (Erhalt des Berichts im Mai 2016 bis Urteilsfällung am 20. Juli 2016) in der Tat gewisse Zweifel an der Fähigkeit des Beklagten, sich sorgfältig am Prozess zu beteiligen und namentlich seinen Rechtsvertreter zu instruieren sowie mit den erforderlichen Unterlagen zu bedienen. Andererseits ergibt sich aus dem Bericht zwar, der Beklagte leide an einer akuten psychischen Erkrankung einer gewissen Schwere, hingegen lässt sich dem Bericht nicht die konkrete Feststellung entnehmen, der Beklagte sei nicht in der Lage, sich am Prozessordnungsgemäss zu beteiligen. Der ärztliche

- 12 - Bericht ist somit lediglich ein Indiz für die Unfähigkeit des Beklagten, im fraglichen Zeitraum die erforderlichen Prozesshandlungen vorzunehmen. Nebst dem ärztlichen Bericht sind auch die weiteren Umstände zu berücksichtigen. Der Umstand, dass der Rechtsvertreter des Beklagten in der fraglichen Zeit Mühe gehabt habe, mit seinem

Klienten in Kontakt zu treten (Urk. 162 Rz 2.8 f.), vermag zwar den Rechtsvertreter zu entlasten, entschuldigt jedoch für sich genommen den Beklagten nicht. Die Probleme bei der Kontaktaufnahme können krankheitsbedingt entstanden sein, jedoch ebenso gut auf Nachlässigkeit des Beklagten oder dessen bewusste Verweigerung zurückzuführen sein. Aus den Akten ergibt sich, dass der Beklagte am 23. Juni 2016 Rechtsanwalt lic. iur. X3._____ mit seiner Vertretung beauftragt hat (Urk. 146). Dieser hat in der Folge am 7. Juli 2016 Akteneinsicht verlangt (Urk. 145), indessen am 18. Juli 2016 erklärt, er wolle den Beklagten im Eheschutzverfahren nicht vertreten (Urk. 148). Das Aufsuchen und Mandatieren eines anderen Anwalts zeigt die Fähigkeit des Beklagten in der fraglichen Zeit, sich zumindest in Form einfacher Handlungen am Prozess zu beteiligen. Oder anders gesagt: Wer einen neuen Anwalt mandatieren kann, ist auch in der Lage, dem bisherigen oder gegebenenfalls dem neuen Anwalt einen – bereits vorhandenen – ärztlichen Bericht zukommen zu lassen. Selbst wenn der Beklagte seinem bisherigen Rechtsvertreter Rechtsanwalt Dr. X1._____ misstraut und deshalb den fraglichen Arztbericht nicht zukommen lassen hätte, hätte er immerhin den neu mandatierten Rechtsanwalt X3._____ mit dem fraglichen Bericht bedienen müssen. Ob er dies getan hat, kann offenbleiben, denn jedenfalls reichte auch Rechtsanwalt X3._____ den ärztlichen Bericht nicht vor Vorinstanz ein und der Beklagte hat sich das Verhalten des Rechtsvertreters anrechnen zu lassen. Im Ergebnis vermag der Beklagte das Nichteinreichen des ärztlichen Berichts vom 19. Mai 2016 nicht mit seinem Gesundheitszustand zu entschuldigen. Dieser Bericht sowie die darauf gestützte Behauptung, gemäss der Einschätzung von Prof. Dr. J._____ sei er arbeitsunfähig, erfüllen als unechte Noven somit nicht die Zulassungsvoraussetzung von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO. Es kann folglich dahingestellt bleiben, ob sie ohne Verzug im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO vorgebracht wurden.

- 13 -

E. 4

Da sich die Berufung einzig auf diese unzulässigen Noven stützt, mithin der Beklagte – zu Recht – nicht geltend macht, das angefochtene Urteil sei auch aus anderen Gründen fehlerhaft bzw. die vorinstanzliche Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sei unabhängig von dem fraglichen Arztbericht vom 19. Mai 2016 unzulässig, erweist sich die Berufung sogleich als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen. Der Beklagte wird gegebenenfalls im Rahmen eines Änderungsverfahrens gemäss Art. 179 Abs. 1 ZGB gestützt auf einen aktuellen ärztlichen Bericht seine Arbeitsunfähigkeit geltend machen und die Aufhebung bzw. Reduktion der Unterhaltspflicht verlangen müssen. III. Kosten- und Entschädigungsfolgen Der Beklagte unterliegt mit der Berufung vollständig und wird deshalb kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 6 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b i.V.m. § 5 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen und dem Beklagten aufzuerlegen. Mangels wesentlichen Aufwands ist der Klägerin keine Parteientschädigung zuzusprechen. IV. Unentgeltliche Rechtspflege 1. Der Beklagte ersucht auch für das zweitinstanzliche Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Urk. 162 S. 10).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.