

ZH_OBERGERICHT LE170020 vom 27. April 2017

ZH Obergericht, 2017-04-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE170020

FR: ZH_OBERGERICHT LE170020 du 27 avril 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LE170020 del 27 aprile 2017

Erwägungen

E. 1

Die Parteien haben am tt. März 2010 in C._____ geheiratet (Urk. 2/1). Die Ehe blieb kinderlos (Urk. 2/1). Jedenfalls seit August 2016 leben die Parteien unbestrittenermassen getrennt (Urk. 22 S. 18).

E. 2

Am 24. Dezember 2016 reichte der Gesuchsteller und Berufungsbe- klagte (fortan Gesuchsteller) vor Vorinstanz ein Gesuch um Erlass von Ehe- schutzmassnahmen mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen ein (Urk. 1). An der Hauptverhandlung vom 9. März 2017 erschien die Gesuchsgegnerin und Be- rufungsklägerin (fortan Gesuchsgegnerin) nicht (Urk. 12). Gleichentags fällte die Vorinstanz das vorstehend wiedergegebene (Säumnis-)Urteil (Urk. 13). Am 14. März 2017 verlangte die Gesuchsgegnerin innert Frist dessen Begründung (Urk. 15), welche den Parteien am 22. März 2017 zugestellt wurde (Urk. 17/1-2). Am 3. April 2017 erhob die inzwischen anwaltlich vertretene Gesuchsgegnerin Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 22). Da sich die Berufung der Gesuchsgegnerin - wie zu zeigen sein wird - sogleich als unbegrün- det erweist, kann auf das Einholen einer Berufungsantwort des Gesuchstellers verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

E. 3

Die Gesuchsgegnerin rügt mit ihrer Berufung eine Vielzahl von verfahr- rensrechtlichen Mängeln während des erstinstanzlichen Verfahrens (Urk. 22 S. 9ff.). Auf diese Rügen ist im Folgenden einzugehen. Vorab ist festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin die Vorladung zur vorinstanzlichen Verhandlung unbe- strittenermassen am 2. Februar 2017 am Postschalter persönlich abgeholt hatte und dass sie an der Verhandlung vom 9. März 2017 nicht erschienen war (Urk. 22 S. 9).

E. 4

a) Die Gesuchsgegnerin bringt zunächst vor, sie habe die Vorladung zur Verhandlung vom 9. März 2017 aus sprachlichen Gründen nicht verstanden. Sie habe nach der Abholung der Vorladung den Gesuchsteller noch auf der Post- stelle vergeblich um eine Übersetzung des ihr unverständlichen Dokuments gebe- ten. Er habe ihr daraufhin lediglich erklärt, dass er jetzt keine Zeit habe, ihr den Inhalt dieser auf deutsch verfassten Postsendung zu übersetzen und zu erläutern, das könne noch warten. In der Folge habe sie - die Gesuchsgegnerin - den Ge- suchsteller kaum je in der ehelichen Wohnung angetroffen. Er habe sie auch in der Folge nie mehr auf das Couvert oder die Verhandlung angesprochen. Sie ha- be dann noch einige Tage in D._____ [Stadt in Frankreich] bei ihrem dort leben- den Sohn verbracht und das Couvert aus den Augen verloren (Urk. 22 S. 13). Die Gesuchsgegnerin macht daher geltend, sie sei sprachbedingt und damit aus entschuldbaren Gründen nicht an der

Verhandlung vom 9. März 2017 erschienen. Bei pflichtgemässer Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes und Beachtung des Anspruchs auf eine französische Übersetzung des Mindestinhalts der Vorladung hätte die Vorinstanz ihre Säumnis vermeiden können (Urk. 22 S. 13f.). b) Die Gesuchsgegnerin verkennt mit dieser Argumentation, dass der Anspruch auf Übersetzung als Ausfluss des Grundsatzes auf Gewährung des rechtlichen Gehörs lediglich für die mündliche Prozessführung, also insbesondere für Verhandlungen gilt. Gestützt auf Art. 129 ZPO wird das Verfahren nämlich in der Amtssprache geführt, welche im Kanton Zürich deutsch ist (Art. 48 KV ZH). So haben sich die zürcherischen Gerichte für die Verhandlungsführung sowie für mündliche und schriftliche prozessleitende Verfügungen und Entscheide der

- 8 - deutschen Sprache zu bedienen (ZK ZPO-A. Staehelin, Art. 129 N 3f.). Zu den prozessleitenden Verfügungen gehören auch Vorladungen. Die Übersetzung solcher schriftlicher Entscheide kann sich eine der deutschen Sprache nicht mächtige Partei selber besorgen (ZK ZPO-A. Staehelin, Art. 129 N 4 mit Hinweis auf BGE 118 Ia 467; BGer 5A_423/2007 vom 5. Dezember 2007). c) Die Vorinstanz hat daher keine Rechtsverletzung begangen, indem sie der Gesuchsgegnerin die Vorladung lediglich auf deutsch zugestellt hat, obwohl sie wusste, dass die Gesuchsgegnerin der deutschen Sprache nicht (genügend) mächtig ist. Nicht erforderlich ist es, einer Partei, welche der deutschen Sprache nicht mächtig ist, den Mindestinhalt einer Verfügung oder Vorladung in deren Muttersprache zu übersetzen. Die Gesuchsgegnerin wurde daher gültig und rechtsgenügend zur Verhandlung vom 9. März 2017 vorgeladen.

E. 5

Entgegen den Ausführungen der Gesuchsgegnerin (Urk. 22 S. 14) kann sodann weder dem Gesuchsteller noch seinem Rechtsvertreter eine Verletzung der Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben im Prozess vorgeworfen werden: Der Gesuchsgegnerin wurde die Vorladung zur Verhandlung vom 9. März 2017 unbestrittenermassen am 2. Februar 2017 zugestellt. Sie hatte damit mehr als einen Monat Zeit, sich um eine Übersetzung des für sie anscheinend unverständlichen Dokuments zu kümmern. Es wäre an ihr gewesen, entweder noch einmal den Gesuchsteller zu kontaktieren und ihn um Hilfe bei der Übersetzung der Vorladung zu bitten, oder sich direkt an eine andere der deutschen Sprache mächtige Person oder an die Vorinstanz zu wenden. Sodann ergibt sich aus dem Umstand, dass sich die Gesuchsgegnerin bereits am Tag nach Zustellung des unbegründeten Urteils an die Vorinstanz wandte und - mit schriftlicher Eingabe auf französisch mit deutscher Übersetzung sowie unter Hinweis auf ihre neue Rechtsvertreterin - die Begründung des angefochtenen Entscheids verlangte (Urk. 15), dass sie nicht unbeholfen ist. Dass es der Gesuchsteller oder sein Rechtsvertreter ganz bewusst auf ein Säumnisurteil ankommen liessen, lässt sich entgegen der Behauptung der Gesuchsgegnerin (Urk. 22 S. 14) den erstinstanzlichen Akten nicht entnehmen. Vielmehr wies der Rechtsvertreter des Gesuchstellers in seiner Eheschutzeingabe vom 24. Dezem-

- 9 - ber 2016 ausdrücklich darauf hin, dass sich die Gesuchsgegnerin zur Zeit noch in E._____ [Staat in Afrika] befinde, sie aber am 18. Januar 2017 in die Schweiz einreise und am 14. März 2017 wieder nach E._____ zurückfliege, weshalb es Sinn mache, die Eheschutzverhandlung in dieser Zeitspanne durchzuführen. Ferner sei für die Verhandlung ein Dolmetscher in französischer Sprache aufzubieten, da die Gesuchsgegnerin auf Übersetzung angewiesen sei (Urk. 1 S. 8). Am 23. Januar 2017 meldete sich der Rechtsvertreter des Gesuchstellers - wie in seinem Begehren um Anordnung von

Eheschutzmassnahmen angekündigt (Urk. 1 S. 8f.) - denn auch telefonisch bei der Vorinstanz, um die Ankunft der Gesuchsgegnerin in der Schweiz und ihren derzeitigen Aufenthalt in der Wohnung des Gesuchstellers mitzuteilen sowie nochmals auf die Notwendigkeit eines Französisch-Dolmetschers für die Eheschutzverhandlung hinzuweisen (Urk. 6). Dies alles spricht absolut nicht für ein unfaires oder den Rechtsstaat hintertreibendes Verhalten des Gesuchstellers und seines Rechtsvertreters. Im Gegenteil zeugt dieses Vorgehen von einem korrekten und die Rechte der Gesuchsgegnerin respektierenden Verhalten.

E. 6

Ferner bringt die Gesuchsgegnerin vor, die Vorinstanz habe die Pflicht zur materiellen Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Pflicht zum Versuch der Einigung der Parteien verletzt. Die Vorinstanz habe daher Art. 273 Abs. 1 und 3 unrichtig angewandt. Sowohl die Durchführung einer mündlichen Verhandlung als auch der Versuch der Einigung der Parteien setze begriffsnotwendig die Durchführung einer Verhandlung voraus. Am 9. März 2017 habe nur der Form nach eine mündliche Verhandlung stattgefunden, infolge der Abwesenheit der Gesuchsgegnerin habe indessen der Sachverhalt nicht abschliessend geklärt werden können (Urk. 22 S. 15). Der Gesuchsgegnerin ist darin zuzustimmen, dass im Eheschutzverfahren gestützt auf Art. 273 Abs. 1 ZPO eine gesetzliche Regelung vorliegt, welche grundsätzlich die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vorschreibt. Auf eine mündliche Verhandlung kann nach Art. 273 Abs. 1 Satz 2 ZPO nur ausnahmsweise verzichtet werden, wenn der Sachverhalt aufgrund der Eingaben der Parteien klar oder unbestritten ist. Diese Bestimmung führt indessen nicht dazu,

- 10 - dass Parteien ungeachtet der genügenden Vorladung zur Verhandlung und der Säumnis einer Partei erneut zu einer mündlichen Verhandlung oder einem Einigungsversuch vorzuladen wären (ZK ZPO-Leuenberger, Art. 234 N 1). Die Gesuchsgegnerin macht - abgesehen vom bereits verworfenen Einwand, dass ihr die Vorladung hätte übersetzt werden müssen (vgl. oben Erwägung 4.) - nicht geltend, nicht korrekt zur Eheschutzverhandlung vom 9. März 2017 vorgeladen worden zu sein. Auch aus den Akten ist eine Verletzung der Bestimmungen zur korrekten Vorladung nicht ersichtlich, so dass auch die Rüge der Gesuchsgegnerin, die Vorinstanz habe Art. 273 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO verletzt, unbegründet ist.

E. 7

a) Weiter macht die Gesuchsgegnerin geltend, die Vorinstanz habe den im Eheschutzverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 272 ZPO verletzt. Sie rügt, die Vorinstanz hätte sich von Amtes wegen, das heisse unabhängig von den Vorbringen des anwesenden Gesuchstellers und ihrer Säumnis, zumindest um die Feststellung des eheschutzrechtlich massgeblichen Sachverhalts bemühen müssen. Deshalb, so die Gesuchsgegnerin weiter, hätte die Vorinstanz ihren Entscheid eben gerade nicht nur auf die Akten und die Vorbringen des anwesenden Gesuchstellers stützen dürfen. Vielmehr hätte sie in Anwendung von Art. 272 ZPO weitere Sachverhaltsfeststellungen vornehmen müssen, um denjenigen rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, der durch die Rechtsbegehren des Gesuchstellers vorgegeben worden sei. Solche weiteren Feststellungen habe die Vorinstanz unterlassen, womit sie Art. 272 ZPO verletzt habe (Urk. 22 S. 10f.). Dies gelte insbesondere auch für die Feststellung der Berechtigung

zum Getrenntleben im Sinne von Art. 175 ZGB und zum Trennungszeitpunkt im Sinne von Art. 114 ZGB (Urk. 22 S. 15). b) Im Eheschutzverfahren gilt die sogenannte eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 272 ZPO geht aber weniger weit als beispielsweise der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO in Bezug auf Kinderbelange. Diese Differenzierung fliesst aus einer unterschiedlichen Gewichtung der Ziele, welche in den verschiedenen Verfahren durch den Untersuchungsgrundsatz verfolgt werden. Während bei der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime die Ermittlung der materiellen Wahrheit im

- 11 - Vordergrund steht, zielt im Eheschutzverfahren der Untersuchungsgrundsatz eher darauf ab, unbeholfene oder unerfahrene Parteien zu unterstützen und zu schützen. Dementsprechend wird auch die Bezeichnung "sozialer Untersuchungsgrundsatz" verwendet (ZK ZPO-Sutter-Somm/Hostettler, Art. 272 N 12). In der Praxis äussert sich dies vor allem durch eine verstärkte richterliche Fragepflicht anlässlich der mündlichen Verhandlung sowie die Aufforderung zur Einreichung fehlender Beweisunterlagen (BGer 5A_2013 vom 6. März 2013, E. 4.2). Die Tragweite des Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 272 ZPO wird durch den Umstand eingeschränkt, dass – mit Ausnahme bezüglich vorliegend nicht streitiger Kinderbelange – das Eheschutzverfahren vom Dispositionsgrundsatz beherrscht ist: Der Verfahrensgegenstand wird von den Parteien bestimmt. In diesem Rahmen muss das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen; darüber hinaus ist es weder verpflichtet noch berechtigt, den Sachverhalt abzuklären. Mit anderen Worten bestimmt die Parteidisposition die Tragweite des Untersuchungsgrundsatzes. Das Gericht erforscht den Sachverhalt in diesem Sinne nicht, sondern stellt ihn fest (vgl. zum Ganzen ZK ZPO-Sutter-Somm/Hostettler, Art. 272 N 6ff. insbesondere N 12 - 14). c) Die Gesuchstellerin ist unentschuldigt nicht zur Verhandlung vom 9. März 2017 erschienen. Die Bewilligung zum Getrenntleben ist nach der gefestigten Praxis immer dann auszusprechen, wenn derjenige Ehegatte, welcher das Getrenntleben verlangt, über einen unverrückbaren Trennungswillens verfügt (vgl. ZR 99 Nr. 67 und ZR 100 Nr. 45). Dass der Gesuchsteller über diesen Willen verfügt, stellt selbst die Gesuchsgegnerin nicht in Abrede. Ferner war vorliegend neben der Berechtigung zum Getrenntleben lediglich die Zuteilung der ehelichen Wohnung zu regeln, welche der Disposition der Parteien untersteht. Was sodann die Feststellung des Zeitpunkts des Getrenntlebens durch den Eheschutzrichter anbelangt, so ist festzuhalten, dass diese für den Scheidungsrichter nicht verbindlich ist, weil im Eheschutzverfahren eine geringere Beweisstrenge gilt als im Scheidungsverfahren (ZR 102 Nr. 13). Eine Verletzung der sozialen Untersuchungsmaxime nach Art. 272 ZPO durch die Vorinstanz liegt daher nicht vor. Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin (Urk. 22 S. 10) ist vor diesem Hinter-

- 12 - grund auch nicht ersichtlich, weshalb die Vorderrichterin in diesen Punkten derartige Zweifel an der Sachdarstellung des Gesuchstellers hätte haben sollen, dass sie gestützt auf Art. 153 Abs. 1 ZPO von Amtes wegen hätte Beweise abnehmen müssen. Nachdem die Gesuchsgegnerin sodann anlässlich der Verhandlung vom

E. 9

Weiter macht die Gesuchsgegnerin geltend, die Vorinstanz hätte im Hinblick auf die offenkundige Bedeutung der in Frage stehenden Eheschutzmassnahmen für die rechtlichen Interessen und die Existenzgrundlage sowie aufgrund ihrer aktenkundigen Sprachschwierigkeiten gestützt auf Art. 272 ZPO Anlass gehabt zu prüfen, ob sie überhaupt im Sinne von Art. 69 ZPO im Stande gewesen sei, den Eheschutzprozess selbst

zu führen. Entsprechend hätte die Vorinstanz sie auffordern müssen und können, eine eigene Rechtsvertretung zu bestellen (Urk. 22 S. 17). Aktenkundig war vor Vorinstanz einzig, dass die Gesuchstellerin der deutschen Sprache nicht mächtig ist. Dies allein verpflichtet jedoch ein Gericht nicht, in Anwendung von Art. 69 ZPO um eine Rechtsvertretung einer Partei besorgt zu sein. Gerade im vorliegenden Fall ist offensichtlich, dass die Gesuchsgegnerin nicht unbeholfen ist, hat sie doch bereits einen Tag nach Erhalt des vorinstanzlichen unbegründeten Urteils dessen Begründung verlangt und eine Rechtsanwältin als Vertreterin mandatiert (Urk. 15). Dass ihr ein solches Vorgehen nicht bereits nach Erhalt der Vorladung möglich gewesen wäre, macht die Gesuchsgegnerin nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich.

E. 10

Zusammengefasst hat die Vorinstanz keine Verfahrensbestimmungen verletzt. Der Antrag der Gesuchsgegnerin auf Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz ist daher abzuweisen. Die Berufung der Gesuchsgegnerin ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Unter diesen Umständen ist das prozessuale Gesuch der Gesuchsgegnerin, es sei ihrer Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen, als gegenstandslos abzuschreiben. III. 1. a) Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 der Gerichtsgebührenverordnung auf CHF1'200.– festzusetzen.

- 14 - b) Für das Beschwerdeverfahren sind sodann keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Gesuchsgegnerin infolge ihres Unterliegens, dem Gesuchsgegner mangels wesentlicher Umtriebe im Berufungsverfahren. 2. Die Gesuchsgegnerin stellt im Berufungsverfahren ein Gesuch um Zuspprechung eines Prozesskostenbeitrags vom Gesuchsteller und eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 22 S. 3, Eventualantrag Ziffer 4). Sowohl für den Prozesskostenbeitrag des anderen Ehegatten (BGer 5D_135/2010 vom 9. Februar 2011, E. 3.1 unter Hinweis auf BGE 127 I 202 E. 3b) als auch für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 117 ZPO) ist neben der Mittellosigkeit der ansprechenden Partei die fehlende Aussichtslosigkeit des Begehrens bzw. des Rechtsmittels Voraussetzung. Da sich die vorliegende Beschwerde sogleich als aussichtslos erweist, ist das Begehren auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags und jenes um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es die anwaltlich vertretene Gesuchsgegnerin unterlässt, ihre Gesuche um Zuspprechung eines Prozesskostenbeitrags und um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu begründen und insbesondere ihre Mittellosigkeit darzulegen und zu belegen. Ihre Gesuche sind daher auch aufgrund der Verletzung der Mitwirkungspflicht abzuweisen (BGer 4D_69/2016 vom 28. November 2016, E. 5.4.3 mit Hinweisen). Es wird beschlossen: 1. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin, es sei ihrer Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben. 2. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags durch den Gesuchsteller wird abgewiesen.

- 15 - 3. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen. 4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung der Gesuchsgegnerin wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 9. März 2017 wird bestätigt. 2. Die

zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt. 4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage des Doppels von Urk. 22, an das Migrationsamt des Kantons Zürich 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 Endentscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 BGG und Art. 98 BGG.

- 16 - 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. April 2017 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. P. Kunz Bucheli versandt am: cm

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