

ZH_OBERGERICHT LE170055 vom 8. Februar 2018

ZH Obergericht, 2018-02-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE170055

FR: ZH_OBERGERICHT LE170055 du 8 février 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LE170055 del 8 febbraio 2018

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit 2009 verheiratet und Eltern des Sohnes E._____, geboren am tt.mm.2010 (Urk. 10 S. 4; Urk. 11/2). Sie lebten bis im Herbst 2014 gemeinsam in Australien. Per September 2014 wurde der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan: Gesuchsgegner) von seiner Arbeitgeberin F._____. Pty Ltd in die Schweiz entsandt (Urk. 34/3). In der Folge war der Gesuchsgegner von September 2014 bis September 2017 für F._____ in der Schweiz tätig (Urk. 34/3-5). Mit Eingabe vom 20. März 2017 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchstellerin) beim Einzelgericht am Bezirksgericht Meilen (fortan: Vorinstanz) ein Eheschutzgesuch ein (Urk. 1). Betreffend den erstinstanzlichen Prozessverlauf kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 43 S. 5 f.). Am 11. August 2017 erliess die Vorinstanz den eingangs zitierten Entscheid (Urk. 43).

E. 2

Die Berufungsinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Begründung der Berufungsanträge noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Ihre Kognitionsbefugnis ist in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend. Aufgrund der allgemeinen Begründungspflicht der Berufung (Art. 311 ZPO) prüft das Berufungsgericht aber grundsätzlich nur die ihm vorgetragene Beanstandungen. Es ist nicht verpflichtet, den erstinstanzlichen Entscheid von sich aus auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Partei gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht offensichtlich verletzt worden und die Fehlerhaftigkeit trete klar zu Tage (ZK ZPO - Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Mit anderen Worten bedeutet dies, dass die Berufung führende Partei sich im Einzelnen sachbezogen mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war. Dieser Anforderung genügt eine Berufungspartei nicht, wenn sie lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragene Vorbringen verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1.; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2. [nicht publiziert in BGE 142 III 271]). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden.

E. 2.1

Schliesslich ist das Gesuch der Gesuchstellerin um Zusprechung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu beurteilen (Urk. 55 S. 2). Da über den Antrag um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses erst mit dem vorliegenden Endentscheid entschieden wird, ist er als Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbei-

- 18 - trags entgegenzunehmen. Der Vollständigkeit halber bleibt darauf hinzuweisen, dass nach der Praxis der beschliessenden Kammer im Eheschutzverfahren mangels gesetzlicher Grundlage keine vorsorglichen Geldzahlungen angeordnet werden können (OGer ZH RE160014 vom 18. November 2016, E. 4.2.2.; OGer ZH LE140010 vom 3. Juli 2014, E. III./3.). Ein Prozesskostenbeitrag ist unter denselben Voraussetzungen wie die dazu subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Vorausgesetzt ist, dass die ersuchende Partei mittellos ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Zusätzlich muss es dem angesprochenen Ehegatten möglich sein, dem anderen die Mittel, die dieser zur Durchführung des Prozesses benötigt, zu bevorschussen (OGer ZH LY170001 vom 25. April 2017, E. V.4.).

E. 2.2

Die Gesuchstellerin beantragt, der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, ihr für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 4'000.– zu bezahlen, eventualiter ersucht sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Zur Begründung macht sie geltend, sie erziele kein Erwerbseinkommen und es sei nicht davon auszugehen, dass sie in absehbarer Zeit genügend verdienen könne, um für sich und E._____ zu sorgen. Ausserdem verfüge sie über kein nennenswertes Vermögen (Urk. 55 S. 12). Letzteres belegt sie mittels des Kontoauszugs eines UBS Kontos, lautend auf beide Parteien, per Ende September 2017 (Urk. 57/2), eines Kontoauszugs der Credit Suisse, Bonviva Silver, per Ende September 2017, aus welcher Übersicht nicht einmal hervorgeht, auf wen das Konto lautet (Urk. 57/3), sowie einer unbestimmten Kontoübersicht einer australischen Bank (Urk. 57/4). Weder macht die Gesuchstellerin in der Berufungsantwort nähere Ausführungen zu ihrer Vermögenssituation noch zu den ins Recht gereichten Belegen. Jedenfalls lassen diese keine Rückschlüsse auf ihre Vermögenslage zu. Der Gesuchsgegner bestreitet die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin. Die rudimentäre Begründung der Gesuchstellerin äussere sich nicht ausführlich und nur unzulänglich zu deren Vermögenslage. Die Parteien hätten gemeinsames Vermögen, so auch ein Haus in Australien, dessen Verkauf die Parteien zurzeit in Betracht ziehen würden, was zu erheblichen flüssigen Mitteln führen werde. Ausserdem würden die Eheleute in Australien über Wertschriften verfügen (Urk. 71). Mit Stellungnahme vom 1. Februar 2018 stellt die Gesuchstellerin weder in Abrede,

- 19 - dass die Parteien in Australien gemeinsam ein Haus besitzen, noch dass sie über Wertschriften verfügen würden. Vielmehr bringt sie vor, nicht alle Vermögenswerte der Parteien seien gemeinsam; so seien die 60'000 AUD, die der Gesuchsgegner im Zeitpunkt der Trennung in Investmentfonds gehabt habe, auf seinen Namen gelaufen. Ausserdem sei ein Agent mit dem Verkauf des Hauses beauftragt worden, welcher Vorgang mindestens sechs Monate dauern könne. Das Haus sei damit nicht innert nützlicher Frist verwertbar (Urk. 76 S. 2). Weiter macht sie geltend, dass ihr zudem die Mittel fehlen würden, um die vom Gesuchsgegner geleisteten Unterhaltszahlungen zu versteuern. Die Steuerrechnung vom 12. Oktober 2017 sei offen (Urk. 76 S. 4). Diese Rechnung legt die Gesuchstellerin denn auch ins Recht (Urk. 78/5). Daraus ergibt sich, dass sie nebst einem Einkommen von Fr. 50'000.– über ein steuerbares und satzbestimmendes Vermögen von Fr. 200'000.–

verfügt. In ihrer Eingabe vom 1. Februar 2018 sucht man je- doch vergeblich nach Ausführungen zur Zusammensetzung ihres Vermögens von offenbar doch mindestens Fr. 200'000.–. Nach bundesgerichtlicher Rechtspre- chung gilt eine Person dann als bedürftig, wenn sie die Prozesskosten nicht auf- zubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts bzw. desjenigen der Familie erforderlich sind. Es ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei zu würdigen, wobei den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist. Dabei gilt die grobe Faustregel, wonach es einer Partei möglich sein sollte, bei weniger aufwändigen Prozessen innert Jahresfrist bzw. bei anderen innert maximal zweier Jahre die Prozesskosten zu tilgen (BGE 141 III 369 E. 4.1.). Die Gesuchstellerin geht, wie dargelegt, selber davon aus, dass der Verkauf des gemeinsamen Hauses in Aust- ralien innerhalb der nächsten sechs Monate abgewickelt wird. Im Übrigen ist dem Gesuchsgegner zuzustimmen, dass sie ihre Vermögenslage insgesamt nur unzu- länglich begründet und belegt hat. Entsprechend ist ihre Mittellosigkeit zu vernei- nen und sowohl der Antrag der Gesuchstellerin auf Zusprechung eines Prozess- kostenbeitrags als auch ihr Eventualantrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsverbeiständung abzuweisen.

- 20 - Es wird beschlossen:

E. 3

Neue Tatsachen können gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfah- ren nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht werden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Die in Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO genannten Voraussetzun- gen müssen kumulativ erfüllt sein. Das Berufungsverfahren dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachbessern können. Auf die Parteivorbringen und neu

- 13 - eingereichten Unterlagen ist nur insoweit einzugehen, als diese rechtzeitig beige- bracht wurden und für die Beurteilung des vorliegenden Falls notwendig erschei- nen.

E. 3.1

Besonders hervorzuheben ist vorliegend die Bedeutung der im Bereich der Kinderbelange geltenden uneingeschränkten Untersuchungsmaxime gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um die prozessrecht- liche Grundnorm zur Ermittlung des Sachverhalts bezüglich der Kinderbelange.

- 15 - Das Gericht hat selbst ohne Parteiantrag sämtliche Tatsachen, die für die Anord- nung über die Kinder von Bedeutung sind, von Amtes wegen zu ermitteln. Weglei- tend ist die Erkenntnis, dass in familienrechtlichen Angelegenheiten für die Kinder ein verstärktes Bedürfnis nach Schutz und ein erhöhtes Interesse an der materiel- len Wahrheit besteht, deren Findung gefördert werden soll (BSK ZPO - Steck, Art. 296 N 3). Das Gericht ist dabei nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, alle nötigen Abklärungen zu treffen. Insbesondere hat es gemäss Art. 298 Abs. 1 ZPO Kinder anzuhören oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise anhören zu lassen, sofern weder das Alter noch andere wichtige Gründe gegen eine Kinderanhörung sprechen. Es soll dadurch zum einen ein für seinen Entscheid wesentliches Erkenntnismittel erhalten, zum anderen soll dem Kind ge- zeigt werden, dass seine Wünsche und Bedürfnisse ernst genommen werden und in die Entscheidungsfindung miteinfließen. Die Bestimmung von Art. 298 ZPO konkre- tisiert einerseits die aus Art. 12 UNKRK fliessenden konventionsrechtlichen Ga- rantien und setzt andererseits den Anspruch des Kindes auf rechtliches Gehör sowie den in diesem Bereich

geltenden Untersuchungsgrundsatz um (FamKomm Scheidung/Schweighauser, Art. 298 N 12). Damit hat eine Kinderanhörung grundsätzlich in allen familienrechtlichen Verfahren stattzufinden (ZK ZPO - Schweighauser, Art. 298 N 24; BK ZPO I - Spycher, Art. 298 N 5; Pfänder Baumann, Dike-Komm-ZPO, Art. 298 N 10). Das Bundesgericht geht im Sinne einer Richtlinie davon aus, dass die Anhörung des Kindes in der Regel ab dem sechsten Altersjahr möglich ist (BGE 131 III 663 E. 1.2.3.).

E. 3.2

Vorliegend beantragte der Gesuchsgegner die Anhörung des siebenjährigen E. _____ bereits vor Vorinstanz (Urk. 33 S. 6 ff.). Weil die Kinderanhörung wie ausgeführt als Pflichtrecht ausgestaltet ist, wäre die Vorinstanz unter Vorbehalt der vom Gesetz genannten wichtigen Gründe zur Anhörung von E. _____ gehalten gewesen. Die Vorinstanz führte diesbezüglich lediglich aus, eine Anhörung von E. _____ erübrige sich, da diese zweifelsohne eine Belastung für diesen darstellen würde. Dass E. _____ seinen Vater liebe und sehen wolle, sei unbestritten. Weitergehendes könne auch durch eine Kinderanhörung nicht geklärt werden, es sei denn, die Kinderanhörung würde auf nicht kindergerechte Fragen ausgedehnt (Urk. 43 S. 18). Damit wird die grundsätzliche Bedeutung der Kinderanhörung

- 16 - übersehen. E. _____ wäre zu seinem Verhältnis zum Gesuchsgegner und auch zu seinen Wünschen betreffend ein Besuchsrecht des Gesuchsgegners zu befragen gewesen. Wichtige Gründe, die gegen eine Kinderanhörung sprächen, sind vorliegend weder ersichtlich noch werden solche seitens der Gesuchstellerin vorgebracht. Dass jede Kinderanhörung eine gewisse Belastung für das Kind darstellt, ist der Sache immanent. Entsprechend könnte mit dieser Begründung keine Kinderanhörung je durchgeführt werden. Nicht zulässig ist im Übrigen auch der Verzicht auf die Anhörung mit der Begründung, dass deren Resultat ohnehin antizipiert werden könne und am Entscheid nichts ändern würde. Dies insbesondere auch deshalb, weil das Recht auf Anhörung nicht nur der Sachverhaltsermittlung dient, sondern ein höchstpersönliches Recht des Kindes darstellt (BK ZPO I - Spycher, Art. 298 N 8). Die Vorinstanz hätte damit E. _____ anhören müssen, hatte er die Altersgrenze von sechs Jahren doch bereits vor Vorinstanz überschritten.

E. 4

Nach dem Gesagten verletzte die Vorinstanz nicht nur das rechtliche Gehör der Parteien, indem sie E. _____ nicht anhörte, sondern sie klärte auch den Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt nicht ab und verletzte schliesslich E. _____s Recht auf Anhörung. Die Vorinstanz wird daher E. _____ anzuhören haben. Bereits vor Vorinstanz hatte der Gesuchsgegner mehrfach vorgebracht, er werde voraussichtlich im September 2017 nach Australien zurückkehren (Urk. 33 S. 5 und S. 13 ff.; Urk. 34/5; Prot. I S. 10). Mittlerweile ist der Gesuchsgegner wie angekündigt nach Australien zurückgekehrt (Urk. 59). Entsprechend wird die Vorinstanz nach Durchführung der Kinderanhörung mit E. _____ zu prüfen haben, ob das Verfahren mit Blick auf den zwischenzeitlich neu eingetretenen Sachverhalt spruchreif ist oder ob weitere Beweissmassnahmen, insbesondere zur Frage der finanziellen Verhältnisse des Gesuchsgegners in Australien, zu treffen sind. Auch wird die Vorinstanz ein Besuchsrecht des Gesuchsgegners gegenüber seinem Sohn E. _____ festzusetzen haben, das den neuen Verhältnissen Rechnung trägt (Art. 273 Abs. 1 ZGB).

E. 5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Verfahren nicht spruchreif ist. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (ZK ZPO - Reetz/Hilber, Art. 318 N 35). Dies gilt im

- 17 - vorliegenden Fall umso mehr, als im erstinstanzlichen Verfahren trotz Parteiantrag keine Kinderanhörung stattgefunden hat und die Berufungsinstanz durch eine nachträgliche Kinderanhörung im Rechtsmittelverfahren faktisch die Aufgabe der Vorinstanz wahrnehmen würde. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich eine Rückweisung der Entscheidung an die Vorinstanz zwecks Vervollständigung des Sachverhalts (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO).

E. 6

Nach dem Gesagten ist das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 11. August 2017 – soweit noch nicht in Rechtskraft erwachsen – aufzuheben und die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts gemäss den vorstehenden Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen des Gesuchsgegners einzugehen. IV. 1. Zufolge der 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 Kostenauflage und die Regelung der Entschädigungsfolgen dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Da das Verfahren nicht abgeschlossen wird, ist die Entscheidunggebühr für das Berufungsverfahren in Anwendung von §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b und 12 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Es ist sodann vorzumerken, dass der Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– geleistet hat (Urk. 52).

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