

# ZH\_OBERGERICHT LE170063 vom 26. April 2018

ZH Obergericht, 2018-04-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE170063](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE170063)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE170063 du 26 avril 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT LE170063 del 26 aprile 2018

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. Oktober 1997 verheiratet (Urk. 1 S. 6). Sie haben zwei gemeinsame Töchter: D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1999, und C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2001 (Urk. 4/2). Mit Eingabe vom 1. August 2016 machte der Gesuchsteller und Berufungskläger (nachfolgend Gesuchsteller) bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren anhängig (Urk. 1). Nach durchgeführter Hauptverhandlung und Kinderanhörung erliess die Vorinstanz am 11. November 2016 ein erstes Teilurteil betreffend Gütertrennung (Urk. 25). Der weitere Prozessverlauf kann dem zweiten Teilurteil vom 20. September 2017 entnommen werden (Urk. 104 S. 3 ff.). In dieser Entscheidung regelte die Vorinstanz die übrigen Folgen des Getrenntlebens mit Ausnahme der Unterhaltsbeiträge (Urk. 104). Nach zwei weiteren Eingaben der Parteien (Urk. 106 und 109) sowie einer Berichtigung des Teilurteils vom 20. September 2017 betreffend den Wohnsitz der Tochter C.\_\_\_\_\_ (Urk. 107) erliess die Vorinstanz am 29. September 2017 den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 111 = Urk. 116). Darin rechnete sie dem aktuell über kein Einkommen verfügenden Gesuchsteller ab 1. Oktober 2018 ein hypothetisches Erwerbseinkommen von Fr. 6'000.– netto pro Monat an (Urk. 116 S. 14 ff.).

### E. 1.1

Der Gesuchsteller beantragt für das Berufungsverfahren die Leistung eines Prozesskostenbeitrags von Fr. 12'000.–, eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 115 S. 3 und S. 43 f.). Der vorliegende Rückweisungsbeschluss beendet das Berufungsverfahren, nicht jedoch das Eheschutzverfahren. Er stellt damit keinen Endentscheid im Eheschutzverfahren dar, weshalb noch kein Prozesskostenbeitrag zugesprochen werden kann (ZR 85 Nr. 32). Dies auch vor dem Hintergrund, dass im Rückweisungsbeschluss zwar die Entscheidgebür für das zweitinstanzliche Verfahren festzusetzen ist, hingegen (noch) keine Kostenaufgabe und auch keine Zusprechung von Parteientschädigungen erfolgt. Der Kosten- und Entschädigungsentscheid ist vielmehr dem neuen Entscheid der ersten Instanz vorzubehalten (siehe nachstehend Ziff. 2). Mithin ist mit Erlass des Rückweisungsbeschlusses noch nicht bekannt, ob der Gesuchsteller eine Parteientschädigung erhält und ob ihn Gerichtskosten treffen. Erst mit Erlass des erstinstanzlichen Endentscheids steht fest, ob der Gesuchsteller Anspruch auf einen Prozesskostenbeitrag hat.

### E. 1.2

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, von allen bei Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die Eingaben neue

und/oder wesentliche Vorbringen enthalten 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 139 I 189 E. 3.2; BGE 138 I 484 E. 2.1; BGE 137 I 195 E. 2.3.1).

- 7 -

### **E. 1.3**

Entgegen der Darstellung des Gesuchstellers wurde ihm die Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 15. September 2017 (Urk. 100 und Urk. 101 [Beilage]) zugestellt (vgl. Urk. 100 S. 3 [Empfangsschein vom 20. September 2017]). Hingegen trifft es zu, dass ihm die Eingaben der Tochter D.\_\_\_\_\_ vom 15. September 2017 (Urk. 103) und der Gesuchsgegnerin vom 20. September 2017 (Urk. 106) vor Fällung des angefochtenen Entscheids nicht zur Kenntnis gebracht wurden. Ebenso wenig wurden der Gesuchsgegnerin die Eingaben der Tochter D.\_\_\_\_\_ vom 15. September 2017 (Urk. 103) und des Gesuchstellers vom 25. September 2017 (Urk. 109 und Urk. 110/1 [Beilage]) vor Fällung des angefochtenen Entscheids zugestellt. Nach der referierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung spielt es entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urk. 116 S. 5) und der Gesuchsgegnerin (Urk. 123 S. 12) keine Rolle, ob diese Eingaben für den angefochtenen Entscheid von zentraler, bloss untergeordneter oder gar keiner Bedeutung sind. So oder anders hätten die Eingaben dem Gesuchsteller bzw. der Gesuchsgegnerin vor Erlass des Entscheids zugestellt werden müssen. Die Vorinstanz hat das rechtliche Gehör der Parteien verletzt, indem sie ihnen die Möglichkeit verwehrte, sich zu den jeweiligen Eingaben zu äussern.

### **E. 1.4**

Offenbleiben kann aufgrund der nachfolgenden Erwägung (vgl. Ziff. 2), ob eine Heilung der Gehörsverletzung im Berufungsverfahren angezeigt wäre. Der Gesuchsteller erblickt eine Verweigerung des Rechts auf Beweis und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts darin, dass die Vorinstanz keine Parteibefragung durchführte (Urk. 115 S. 19 mit Verweis auf Urk. 28 Rz 5-6).

### **E. 2**

Dagegen erhob der Gesuchsteller am 16. Oktober 2017 rechtzeitig (vgl. Urk. 112 S. 2) Berufung mit den oben erwähnten Anträgen (Urk. 115). Die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchsgegnerin) erstattete die Berufungsantwort innert angesetzter Frist (Urk. 122) am 9. November 2017 (Urk. 123). Es folgten insgesamt drei Stellungnahmen beider Parteien (Urk. 132, 136, 142 und 145 [Korrekturen zu Urk. 142]), welche jeweils der Gegenpartei zur Kenntnis gebracht wurden (Urk. 135, 139 und 147). Am 4. April 2018 reichte der

- 5 - Gesuchsteller eine Noveneingabe betreffend die Tochter D.\_\_\_\_\_ ein (Urk. 148, 149 und 150/1). Die Gesuchsgegnerin nahm dazu mit Eingabe vom 9. April 2018 Stellung (Urk. 152). Diese wurde dem Gesuchsteller zur Kenntnis gebracht (Urk. 153). Weitere Eingaben erfolgten nicht. II. 1. Im Streit liegen vorliegend die Unterhaltsbeiträge für die Tochter C.\_\_\_\_\_ sowie den Gesuchsteller persönlich. Nicht angefochten wurde die

Dispositiv-Ziffer

### **E. 2.1**

Das Eheschutzverfahren ist – von klaren und unbestrittenen Verhältnissen abgesehen – mündlich und die Parteien haben persönlich zu erscheinen (Art. 273 Abs. 1 und 2 ZPO). In aller Regel kann auf die direkte Befragung der Parteien zur Klärung des Sachverhalts und zur Anordnung der verschiedenen Massnahmen nicht verzichtet werden. Durch den daraus resultierenden direkten Kontakt des Gerichts mit den Parteien kann, auch im Hinblick auf die vorgeschriebenen Untersuchungsmaximen (Art. 296 Abs. 1 ZPO und Art. 272 ZPO), die Aufklärungs- und Fragepflicht durch das Gericht optimal ausgeübt werden. So wissen die Parteien regelmässig mehr, als sich aus den Vorträgen der Anwälte ergibt. Sind Anordnungen über Kinder zu treffen, ergibt sich die Pflicht zur Anhörung der Eltern direkt aus dem Gesetz (Art. 297 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 296 Abs. 1 ZPO). Sie dient einerseits der Sachverhaltsfeststellung und ist in Kinderbelangen eine Konsequenz der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime. Andererseits wird damit ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Eltern konkretisiert. Anzuhören sind die Eltern persönlich, nicht nur ihre Vertreter (BSK ZPO-Steck, Art. 297 N 7). Nach dem Gesagten ist grundsätzlich von einem Obligatorium der Parteibefragung im strittigen Eheschutzverfahren auszugehen (ZR 116 [2017] Nr. 63 E. III/2.3 m.w.H.; OGer ZH LE160009 vom 14. Juni 2016, E. II/4.3; OGer ZH LY140031 vom 19. Dezember 2014, E. II/5; OGer ZH LE130028 vom 26. November 2013, E. II/3.4; ZK ZPO-Sutter-Somm/Hostettler, Art. 273 N 6 ff.; BK ZPO-Spycher, Art. 273 N 4 ff.).

### **E. 2.2**

Vorliegend hat die Vorinstanz die Parteien nie persönlich befragt (vgl. das vorinstanzliche Protokoll), obwohl der für die Unterhaltsberechnung massgebende Sachverhalt (hypothetisch erzielbares Einkommen des Geschwänders, Einkommen Geschwändersgegnerin, Bedarf der Parteien und der Tochter C. \_\_\_\_\_) umstritten war und überdies Kinderbelange, namentlich Kinderunterhalt, zu regeln waren. Die Befragung der Parteien wäre aber – wie oben dargelegt – zwingend notwendig gewesen. Durch die unterbliebene Befragung der Parteien wandte die Vorinstanz das Recht unrichtig an und stellte den Sachverhalt unvollständig fest. Der vorinstanzliche Entscheid ist deshalb mit Ausnahme der Dispositiv-Ziffer 4 antragsgemäss aufzuheben. 3. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich die Prüfung der weiteren berufungsweise geltend gemachten Rügen des Geschwänders.

### **E. 4**

Das Verfahren ist nicht spruchreif, da der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu ergänzen 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 vorliegenden Fall umso mehr, als vor Vorinstanz überhaupt keine Befragung der Parteien zu den umstrittenen Punkten stattgefunden hat und die Berufungsinstanz daher durch eine nachträgliche Befragung im Berufungsverfahren faktisch die Aufgabe der Vorinstanz wahrnehmen würde. Hinzu

- 9 - kommt, dass im Falle einer umfassenden Befragung durch die Berufungsinstanz diese als erste Instanz über wichtige Tatfragen entscheiden und die Parteien im Ergebnis eine Instanz verlieren würden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich vorliegend eine Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zwecks Gewährung des rechtlichen

Gehörs, Befragung der Parteien sowie neuer Entscheidung (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). IV.

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