

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE140074-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Dr. M. Schaffitz und Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. H. Dubach

Beschluss vom 29. Januar 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichts im
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 1. September 2014
(EE140019-G)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind irakische Staatsangehörige. Der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend: Gesuchsgegner) hat seinen Wohnsitz in Nürnberg, Deutschland, die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Gesuchstellerin) den ihrigen in C._____. Am tt. Mai 2013 heirateten die Parteien in D._____, Dänemark. In der Folge beantragte die Gesuchstellerin eine Aufenthaltsbewilligung für Deutschland und hielt sich zumindest immer wieder zeitweise beim Gesuchsgegner in Nürnberg auf. Am 13. Dezember 2013 kam es zur Trennung zwischen den Parteien.

2. Mit Eingabe vom 1. April 2014 stellte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz ein Eheschutzgesuch (Urk. 1). Bereits am 27. Februar 2014 hatte der Gesuchsgegner beim Familiengericht am Amtsgericht Nürnberg die Ehescheidung beantragt (Urk. 8). Das verfahrenseinleitende Schriftstück wurde der Gesuchstellerin am 17. April 2014 zugestellt (Urk. 14). Am 2. Juni 2014 fand vor Vorinstanz die Eheschutzverhandlung statt. Der Gesuchsgegner war säumig (Urk. 22). Am tt.mm.2014 kam E._____, der gemeinsame Sohn der Parteien, zur Welt (Urk. 25/1). Der Entscheid der Vorinstanz vom 1. September 2014 lautet wie folgt (Urk. 43 = Urk. 47):

- "1. Der Gesuchstellerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____, ... [Adresse], eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
2. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind.
3. Der gemeinsame Sohn der Parteien, E._____, geboren am tt.mm.2014, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die elterliche Sorge der Gesuchstellerin gestellt.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 500.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, auf den Monatsersten, rückwirkend für die Monate Januar und Februar 2014 sowie ab Juli 2014.

5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt des gemeinsamen Sohnes rückwirkend ab tt.mm.2014 monatlich CHF 500.– zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinder- oder Familienzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus auf den Monatsersten.
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
CHF 1'500.– die weiteren Auslagen betragen:
CHF 150.– Dolmetscherkosten
CHF 1'650.– Total
7. Die Gerichtskosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
8. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von CHF 3'000.– (8 % MWST in diesem Betrag eingeschlossen) zu bezahlen.
9. ... (Mitteilungssatz)
10. ... (Rechtsmittelbelehrung)"

3. Hiergegen erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 17. November 2014 (Urk. 46) rechtzeitig Berufung. Er beantragte die vollumfängliche Aufhebung des Entscheids der Vorinstanz und die Rückweisung der Sache zur materiellen Prüfung an die Vorinstanz. Sodann stellte er diverse Eventualanträge für den Fall, dass das Obergericht von einer Rückweisung absehen sollte. In prozessualer Hinsicht stellte der Gesuchsgegner den Antrag, der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen, und ersuchte um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung. Mit Verfügung vom 25. November 2014 (Urk. 51) wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zum Gesuch um aufschiebende Wirkung Stellung zu nehmen. Innert nämlicher Frist erstattete die Gesuchstellerin unaufgefordert die Berufungsantwort (Urk. 52) mit dem Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Berufung. Zudem ersuchte sie ebenfalls um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Berufungsverfahren. Mit Verfügung vom 11. Dezember 2014 (Urk. 56) wurde über die aufschiebende Wirkung entschieden. Mit Eingabe vom 18. Dezember 2014 ersuchte der Gesuchsgegner um Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme zur Berufungsantwort (Urk. 57). Nach erfolgter Fristansetzung (Urk. 58) nahm der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 13. Januar 2015 Stellung zur Berufungsantwort (Urk. 59). Diese Eingabe wurde der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 62).

II.

1. Der Gesuchsgegner rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, u.a. weil ihm die Vorinstanz eine Eingabe der Gesuchsgegnerin nicht zugestellt habe (Urk. 46 S. 6). Die fragliche Eingabe datiert vom 14. August 2014. Die Gesuchstellerin teilte der Vorinstanz darin mit, dass der Sohn der Parteien am tt.mm.2014 zur Welt gekommen sei (Urk. 24). Das Recht, gehört zu werden, ist formeller Natur. Das bedeutet, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs ungeachtet der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 135 I 190 E. 2.2). Die Gehörsrüge ist deshalb vorab zu prüfen.

2. a) Gemäss Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör und auf ein faires Gerichtsverfahren, unter Beachtung des Grundsatzes der Waffengleichheit. Diese Garantien umfassen das Recht, von allen bei Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Dieses Äusserungsrecht steht einer Prozesspartei unabhängig davon zu, ob die eingereichte Eingabe neue Tatsachen oder rechtliche Argumente 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 (BGE 138 I 485 f. E. 2.1; 137 I 197 E. 2.3.1; 133 I 102 E. 4.3; 132 I 46 E. 3.3.2). Die Wahrnehmung des Replikrechts setzt voraus, dass die fragliche Eingabe der Partei vor Erlass des Urteils zugestellt wird, damit sie sich darüber schlüssig werden kann, ob sie sich dazu äussern will (BGE 137 I 197 E. 2.3.1 mit Hinweisen). In diesem Sinne ist der Prozesspartei die konkrete Möglichkeit zur Replik einzuräumen (BGE 133 I 102 ff. E. 4.3-4.6 mit Hinweisen). Hierzu genügt es grundsätzlich, den Parteien die Eingaben zur Information zuzustellen (im Einzelnen BGE 138 I 487 E. 2.4; 138 III 255 E. 2.2).

b) Das Vorgehen der Vorinstanz versties gegen die geschilderten Grundsätze. Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin durfte vom Fernbleiben des Ge-

suchsgegners anlässlich der Eheschutzverhandlung nicht auf dessen Desinteresse am weiteren Verfahrensgang geschlossen werden. Säumnis an der Verhandlung kann nicht zum Verlust des verfassungs- bzw. konventionsmässigen Replikrechts hinsichtlich nachträglich eingereichter Stellungnahmen der Gegenpartei führen. Der Gehörsanspruch des Gesuchsgegners wurde daher verletzt, als ihm die Eingabe der Gesuchstellerin vom 14. August 2014 nicht zur Kenntnisnahme zugestellt und stattdessen am 1. September 2014 der Endentscheid gefällt wurde.

3. a) Es stellt sich die Frage, ob die Verletzung des Gehörsanspruchs im Berufungsverfahren geheilt werden kann oder ob das Verfahren an die erste Instanz zurückzuweisen ist. Nach der Rechtsprechung kann eine Verletzung des Gehörsanspruchs im Verfahren vor der nächsten Instanz geheilt werden, wenn dieser Rechtsmittelinstanz mit Bezug auf die streitige Tat- oder Rechtsfrage die gleiche Überprüfungsbefugnis zusteht wie der vorhergehenden Instanz und sich die rechtsuchende Partei in Kenntnis aller wesentlichen Tatsachen umfassend äussern kann. Die Heilung kann jedoch nur mit Bezug auf nicht besonders schwerwiegende Mängel angenommen werden, zumal die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs voraussetzt, dass die betroffene Partei ein Rechtsmittel ergreift, und der Partei dadurch eine Instanz verloren geht (BGE 133 I 204 E. 2.2).

b) Der Gesuchsgegner äusserte sich im Berufungsverfahren erstmals und umfassend zur Sache. Seine Vorbringen wurden zwar nicht durch die fragliche Eingabe der Gesuchstellerin vom 14. August 2014 ausgelöst. Der Gesuchsgegner weist allerdings nicht zu Unrecht darauf hin, dass er sich aufgrund des im Eheschutzverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes (Art. 272 ZPO) noch bis zur erstinstanzlichen Urteilsberatung uneingeschränkt hätte zur Sache äussern und neue Belege einreichen können (Art. 229 Abs. 3 ZPO; vgl. Urk. 46 S. 7). Er wird dies auch tun können, wenn der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache zur Wahrung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Infolge der am 14. August 2014 bekannt gewordenen Geburt des Kindes waren im vorliegenden Eheschutzverfahren neu auch alle Kinderbelange zu regeln. Dies erfordert eine gerichtliche Abklärung aller dafür massgeblichen tat-

sächlichen Umstände von Amtes wegen. Solche umfassenden Abklärungen und Vervollständigungen des Sachverhalts erstmals im Berufungsverfahren übersteigen den Rahmen einer Heilung der Verletzung eines förmlichen Gehörsanspruchs. Es erscheint vielmehr angezeigt, den Prozess zur Wahrung der Zweistufigkeit des Entscheidungsprozesses an die erste Instanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO).

III.

1. a) Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b und 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, dass sie nicht kosten- und entschädigungspflichtig werden dürfe, für den Fall, dass das Obergericht zum Ergebnis kommen sollte, dass das rechtliche Gehör des Gesuchsgegners verletzt worden sei. Sie habe keinen Einfluss auf die Verfahrensführung des erstinstanzlichen Gerichts gehabt und allfällige Verfahrensmängel dürften ihr nicht angelastet werden (Urk. 52 S. 4 f.).

b) Die Gesuchstellerin beantragte die Abweisung der Berufung (Urk. 52 S. 2) und stellte sich im Rahmen ihrer Begründung ausdrücklich hinter das Vorgehen der Vorinstanz (S. 4). Sie ist daher im vorliegenden Berufungsverfahren als unterliegende Partei zu betrachten. Art. 107 ZPO erlaubt, aus besonderen Gründen vom Unterliegerprinzip abzuweichen. Auch kommt aus Billigkeitsgründen die Kostenauflage an den Kanton in Betracht (Art. 107 Abs. 2 ZPO), wenn die zur Kassation und Rückweisung führenden Mängel wie etwa eine Rechtsverzögerung weder einer Partei noch Dritten angelastet werden können. Dabei vermag allerdings nicht zu genügen, dass der Erstinstanz Fehler unterlaufen sind, da dies nach der Beurteilung der Rechtsmittelinstanz regelmässig der Fall ist, ansonsten keine Kassation und Rückweisung erfolgte. Zu denken ist vielmehr an eigentliche "Justizpannen" (BGer 5A_104/2012 vom 11. Mai 2012 E. 4.4.2). Eine solche liegt nicht vor. Es rechtfertigt sich hingegen, die Verteilung und Liquidation der Prozesskosten des Berufungsverfahrens dem neuen Entscheid der Vorinstanz vor-

zubehalten; die Vorinstanz wird zusammen mit den vor ihr aufgelaufenen Prozesskosten nach Massgabe des (endgültigen) Verfahrensausgangs darüber zu entscheiden haben (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

2. a) Beide Parteien ersuchten um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsbeistand für das Berufungsverfahren. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

b) Im angefochtenen Entscheid vom 1. September 2014 gewährte die Vorinstanz der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 47 E. VII). Es ist davon auszugehen, dass sich die finanziellen Verhältnisse der Gesuchstellerin seit dem 1. September 2014 nicht verbessert haben. Aus den vom Gesuchsgegner eingereichten Lohnabrechnungen (Urk. 50/14-16) ergibt sich, dass dieser bei F._____ mit einem Basisstundenlohn von Euro 7.86 rund Euro 1'000.– netto pro Monat verdient. Dafür, dass er einer zusätzlichen Erwerbstätigkeit nachgehen würde, gibt es keine Anhaltspunkte. Seinen Bedarf beziffert der Gesuchsgegner nachvollziehbar auf rund Euro 1'500.– (Urk. 46 S. 14 f.). Er verfügt zudem über kein Vermögen (Urk. 50/18). Damit ist auch seine Mittellosigkeit erstellt. Sodann kann nicht gesagt werden, dass die Standpunkte der Parteien im Berufungsverfahren aussichtslos gewesen wären und sie nicht auf rechtlichen Beistand angewiesen gewesen wären. Damit ist für das Berufungsverfahren beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 1. September 2014 wird aufgehoben und die Sache zur Ergän-

zung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin Dr. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
4. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
5. Die Verteilung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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 im Sinne von Art. 93 BGG.

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, 29. Januar 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
se