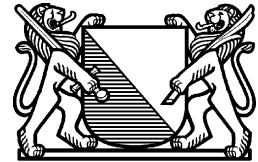


Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE180042-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Urteil vom 5. September 2018

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 5. Juli 2018 (EE180054-M)

Rechtsbegehren:
(Urk. 1, sinngemäss)

Es seien die Nebenfolgen der seit 2005 andauernden Trennung gerichtlich zu regeln.

Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 5. Juli 2018:
(Urk. 5 S. 2 = Urk. 8 S. 2)

1. Auf das Gesuch der Gesuchstellerin wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf Fr. 300.–.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Dem Gesuchsgegner wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage; Beschwerde, sofern nur die Dispositivziffern 2-4 angefochten werden, Frist 10 Tage; Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (Urk. 7 S. 1):

- "1. Eintritt auf das Gesuch
2. Kostenpflicht bezüglich Ausgang des Gesuches. Es sollen mir keine Verfahrens- und Prozesskosten auferlegt werden."

Erwägungen:

1.1 Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) reichte am 15. Juni 2018 ein Eheschutzbegehren gegen den Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegner) ein (Urk. 1). Hierauf setzte die Vor-

instanz der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 18. Juni 2018 eine Frist von 10 Tagen an, um dem Gericht die aktuelle Adresse des Gesuchsgegners bekanntzugeben oder nachzuweisen, dass sie sich erfolglos um die Feststellung der Adresse bemüht habe (Urk. 3 S. 2). In der Folge erging am 5. Juli 2018 die eingangs erwähnte Verfügung (Urk. 5).

1.2 Hiergegen erhob die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 18. Juli 2018 innert Frist Berufung mit dem erwähnten sinngemässen Antrag (Urk. 7).

2. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO muss die Berufung eine Begründung enthalten. Dies bedeutet, dass sich der Berufungskläger substantiiert mit den angefochtenen Urteilerwägungen auseinandersetzt und im Einzelnen aufzeigt, worin eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 ZPO) liegt. Die Berufungsinstanz ist nicht verpflichtet, den angefochtenen Entscheid von sich aus auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, es sei denn, diese träten offen zu Tage (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 138 III 213 E. 2.3; BGer 4A_659/2011 vom 7. Dezember 2011, E. 3; CAN 2012 Nr. 75 S. 206 f. sowie – mit weiteren Hinweisen – Seiler, Die Berufung nach ZPO, Basel 2013, N 893 ff., insb. N 896; Hohl, Procédure civil II, Bern 2010, N 2405 f.; Reetz/Theiler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., Art. 311 N 36; Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 312 N 17, Art. 311 N 10 ff.; ZPO-Rechtswittel-Kunz, Art. 311 N 92; CPC-Jeandin, Art. 311 N 3). Des Weiteren können neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Alles, was relevant ist, ist grundsätzlich rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 10, m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel vorbringt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für deren Zulässigkeit (Steininger, DIKE-Komm-

ZPO, Art. 317 N 7; BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1, m.w.H.).

3.1 Die Gesuchstellerin bringt in ihrer Berufung vor, dass die Adresse des Gesuchsgegners seit seiner Auswanderung nach Thailand unbekannt gewesen sei. Von dessen Bruder, welcher an der C.____-Strasse ... in D.____ wohne, habe sie keine Informationen erhalten. Der Bruder habe jeglichen Kontakt zu ihr verweigert. Dieser sei ihre letzte Kontaktperson in der Familie des Gesuchsgegners gewesen. Sie habe keine Kontaktdaten seiner übrigen Verwandten ausfindig machen können, bei welchen sie hätte nachfragen können. Sie besitze lediglich eine alte Telefonliste. Auch nach mehreren Versuchen sei kein telefonischer Kontakt möglich gewesen. Weiter führt die Gesuchstellerin aus, dass sie ihre diesbezüglichen Bemühungen der Vorinstanz nicht innert Frist bis zum 2. Juli 2018 habe bekanntgeben können. Entsprechend wende sie sich an die Rechtsmittelinstanz. Ihr Eheschutzbegehren sei auch eine Auflage des Sozialvorstands der Stadt E.____ vom 18. Mai 2018 (Urk. 7 S. 1 f.).

3.2 Diese Tatsachenbehauptungen bringt die Gesuchstellerin nun erstmals im Berufungsverfahren vor. Dabei handelt es sich um unechte Noven, welche die Gesuchstellerin an sich bereits vor Vorinstanz hätte vorbringen müssen (vgl. u.a. Urk. 9/4 [Verfügung des Sozialvorstandes vom 18. Mai 2018], welche vor dem 5. Juli 2018 datiert). Die Gesuchstellerin unterlässt es aufzuzeigen, inwiefern es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich war, diese bereits vor Vorinstanz darzulegen. Sie bestätigt lediglich, ihre Vorbringen nicht innert Frist bis zum 2. Juli 2018 in das erstinstanzliche Verfahren eingeführt zu haben, weshalb sie sich an die Rechtsmittelinstanz wende. Damit aber sind diese neuen Tatsachenbehauptungen unzulässig und unbeachtlich. Es ist nicht darauf einzugehen.

3.3 Sodann setzt sich die Gesuchstellerin mit den Erwägungen der Vorinstanz, wonach sie sich innert der ihr mit Verfügung vom 18. Juni 2018 angesetzten Frist nicht habe vernehmen lassen, weshalb auf das Gesuch um Anordnung von Eheschutzmassnahmen androhungsgemäss nicht einzutreten sei (Urk. 8 S. 2), nicht auseinander. Die mit Verfügung vom 18. Juni 2018 angesetzte Frist erging denn auch unter der Androhung, dass bei Säumnis auf das Eheschutzge-

such nicht eingetreten werde (Urk. 3 S. 2). Da die Gesuchstellerin selber bestätigt, sich innert der am 2. Juli 2018 abgelaufenen Frist nicht geäußert zu haben (Urk. 7 S. 2), erliess die Vorinstanz zu Recht ein Säumnisurteil. Dementsprechend hat es damit sein Bewenden; die Berufung ist abzuweisen.

3.4 Es bleibt der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass die Gesuchstellerin jederzeit ein neues Begehren um Anordnung von Eheschutzmassnahmen bei der Erstinstanz stellen und mit diesem neuen Begehren vorbringen und darlegen kann, dass sie sich erfolglos um die Feststellung der Adresse bemüht hat.

3.5 Damit erweist sich die Berufung als offensichtlich unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Berufungsantwort verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

4.1 Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 300.– festzusetzen. Die Kosten des Verfahrens sind ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen.

4.2 Die Gesuchstellerin hat für das Berufungsverfahren sinngemäss um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht (Urk. 7 S. 1). Das Gesuch ist zufolge Aussichtslosigkeit (s. Ausführungen hiervor) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

4.3 Dem Gesuchsgegner ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

2. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 5. Juli 2018 wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin und die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 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, 5. September 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc