

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE180064-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Kriech und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Leitende Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Ferreño.

## Urteil vom 27. März 2019

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 20. November 2018 (EE180090-M)**

**Verfügung des Bezirksgerichtes Dietikon vom 20. November 2018 (Urk. 14):**

- "1. Auf das Begehren der Gesuchstellerin wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf  
Fr. 2'000.-; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 150.- Dolmetscherkosten  

---

Fr. 2'150.- Total
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Vom Verzicht des Gesuchsgegners auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.
5. [Schriftliche Mitteilung.]
6. [Rechtsmittelbelehrung.]"

**Berufungsanträge:**

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 13 S. 1 f.):

- "1. Die Verfügung der Trennung sollte bestätigt werden.
2. Ich wurde nicht zum Gerichtstag eingeladen. Ich wusste nicht, an welchem Tag oder um welche Zeit dieses stattfinden sollte.
3. Es wurde keine Entscheidung wie Alimente gegen über meine Tochter (C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2014) getroffen."

**Erwägungen:**

1. a) Mit Eingabe vom 4. Oktober 2018 reichte die Gesuchstellerin ein Eheschutzbegehren bei der Vorinstanz ein (Urk. 1). Die Vorladung an die Parteien zur Verhandlung vom 20. November 2018 erging am 16. Oktober 2018 (Urk. 2). Die Gesuchstellerin holte diese innert Frist nicht ab (Urk. 4/2) und blieb der Verhandlung vom 20. November 2018 unentschuldigt fern (Prot. I S. 3). Mit Verfügungen vom 20. November 2018 schrieb die Vorinstanz das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab, trat auf das

Eheschutzbegehren der Gesuchstellerin nicht ein und auferlegte ihr die Kosten des Verfahrens (Urk. 8 = Urk. 14, Verfügungsdispositiv eingangs wiedergegeben).

b) Hiergegen erhob die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) mit Eingabe vom 29. November 2018, eingegangen am 30. November 2018, fristgerecht (Urk. 12/1) Berufung mit den eingangs aufgeführten Berufungsanträgen (Urk. 13 S. 1 f.).

c) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Vorbringen, das heisst neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, sind im Berufungsverfahren nur dann zulässig, wenn sie (kumulativ) ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Diese Einschränkung gilt nicht bei Kinderbelangen (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

2. a) Die Gesuchstellerin begründet im Berufungsverfahren ihr Nichterscheinen anlässlich der Verhandlung vom 20. November 2018 vor Vorinstanz damit, dass sie die Vorladung nicht erhalten und daher weder das Datum noch die Uhrzeit der Verhandlung gekannt habe (Urk. 13 S. 1).

b) Nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine Zustellung bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts entsteht erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, das die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte zugestellt werden können, die das Verfahren betreffen. Diese prozessuale Pflicht gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (BGE 138 III 225 E. 3.1, BGer 5A\_732/2013 vom 10. Dezember 2013, E. 4.3, und BGer 5A\_646/2015 vom 4. Juli 2016, E. 2.2.1).

c) Die Vorladung vom 16. Oktober 2018 konnte der Gesuchstellerin nicht zugestellt werden, da diese sie nicht innert der siebentägigen Abholfrist bei der für sie zuständigen Poststelle abholte, obwohl ihr die Gerichtsurkunde am 17. Oktober 2018 von der Schweizerischen Post mittels Abholungseinladung zur Abholung gemeldet worden war (Urk. 4/2). Für die Annahme einer Zustellfiktion stellt das Gesetz – wie vorgängig erwähnt – darauf ab, ob der Empfänger mit der Zustellung einer gerichtlichen Sendung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit rechnen musste. Dies ist mit dem Anhängigmachen des Eheschutzverfahrens, wie es die Gesuchstellerin mit ihrer Eingabe vom 4. Oktober 2018 an die Vorinstanz getan hat, der Fall. Zum Zeitpunkt der Zustellung der Vorladung bestand ein Prozessrechtsverhältnis zur Gesuchstellerin. Entsprechend hatte sie nach Treu und Glauben dafür Sorge zu tragen, dass ihr gerichtliche Mitteilungen und Entscheide zugestellt werden können (BGE 130 III 396 E. 1.2.3). Die eingeschriebene einmalige, erfolglose Zustellung der vorinstanzlichen Vorladung führte zur Zustellfiktion im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO. Sie hat somit als am 7. Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als zugestellt zu gelten, mithin am 24. Oktober 2018. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz erschien die Gesuchstellerin unentschuldigt nicht an die Verhandlung vom 20. November 2018 (Urk. 13 S. 2).

3. a) Die Gesuchstellerin moniert weiter, die Trennung der Parteien sei in der angefochtenen Verfügung nicht bestätigt worden (Urk. 13 S. 1). Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner) habe geltend gemacht, die Parteien würden seit dem 15. August 2017 getrennt leben. Anträge habe er keine gestellt. Unbestritten seien daher das Getrenntleben und der Zeitpunkt der Trennung der Parteien, weshalb es im Hinblick auf ein allfälliges Scheidungsverfahren keiner gerichtlichen Feststellung bedürfe. Entsprechend sei auf das Gesuch der Gesuchstellerin mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten (Urk. 14 S. 2).

b) Die Gesuchstellerin beantragte im vorinstanzlichen Verfahren die Bewilligung des Getrenntlebens (Urk. 1). Sie gab in ihrer Begründung an, die Parteien seien seit August 2017 getrennt (Urk. 1 Rückseite). Trotz ordentlicher Vorladung und Hinweis auf die Säumnisfolgen und entgegen ihrer Erscheinungspflicht

(Art. 273 Abs. 2 ZPO) ist sie zur Verhandlung vor Vorinstanz nicht erschienen. Erscheint ein Ehegatte unentschuldigt nicht zum Termin, so findet die Verhandlung grundsätzlich ohne ihn statt (Art. 147 Abs. 2 ZPO). Nach herrschender Lehre gilt dies auch, wenn die gesuchstellende Partei, wie vorliegend die Gesuchstellerin, der Verhandlung fernbleibt. Das Gericht hat trotz Säumnis auf das Gesuch abzustellen (BK ZPO-Spycher, Art. 273 N 10; KUKO ZPO-van der Graaf, Art. 273 N 3a m.w.H.; Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 273 N 6; a.M. Sutter-Somm/Hostettler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 273 N 25; vgl. Urk. 2). Für die Aufhebung des ehelichen Haushaltes nach Art. 175 ZGB ist bei Einigkeit der Ehegatten grundsätzlich keine formelle gerichtliche Genehmigung erforderlich (Vetterli, in: Schwenzer/Fankhauser (Hrsg.), FamKomm Scheidung, 3. Aufl., Bern 2017, Art. 175 N 1; Schmid, in: Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser (Hrsg.), ZGB Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 175 N 1; Fankhauser, in: Büchler/Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 175 N 2; Jann Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Bern 2014, S. 67). Gleichermassen haben die Parteien kein rechtliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung des Trennungszeitpunktes, sofern dieser Zeitpunkt keinen konkreten Einfluss auf die anzuordnenden Nebenfolgen im Eheschutzverfahren hat (ZR 102 Nr. 13). Im vorinstanzlichen Eheschutzverfahren waren keine Nebenfolgen zu regeln (vgl. Erwägungen Ziffer 4). Die Vorinstanz trat zu Recht auf das Begehren um Bewilligung des Getrenntlebens der Gesuchstellerin nicht ein. Daran ändern auch die Eingaben des Gesuchsgegners vom 3. Dezember 2018 an die Vorinstanz und vom 11. Dezember 2018 an die erkennende Kammer nichts, worin er, entgegen seinen Vorbringen anlässlich der Verhandlung vom 20. November 2018 (vgl. Prot. I S. 4 f.), sein Interesse an einer gerichtlichen Trennung zum Ausdruck bringt (Urk. 16 und 18).

4. a) Ferner bemängelt die Gesuchstellerin, die Vorinstanz habe keinen Entscheid über die Alimente für ihre Tochter getroffen (Urk. 13 S. 2). Dabei bringt sie im Berufungsverfahren erstmals vor, der monatliche Kinderunterhaltsbeitrag von Fr. 200.– des Gesuchsgegners sei sehr tief (Urk. 13 S. 2).

b) Das Gericht hat in einem Eheschutzverfahren nur über die von den Parteien beantragten Nebenfolgen zu befinden. Die Gesuchstellerin stellte vor Vorinstanz zwar den Antrag auf Bewilligung des Getrenntlebens und Regelung der Folgen, unterliess es jedoch, einen konkreten (bezifferten) Antrag auf Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen an die Tochter zu stellen (Urk. 1). Auch in der Berufungsschrift unterlässt es die Gesuchstellerin, die Höhe der verlangten Kinderunterhaltsbeiträge zu beziffern und zu begründen. Die Berufungsschrift hat einen Antrag in der Sache zu enthalten. Geht es um eine Geldleistung, so ist eine Bezifferung des zweitinstanzlich geltend gemachten Anspruches erforderlich (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 311 N 34). Zudem muss die Berufung gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO eine schriftliche Begründung enthalten. Auf den sinngemässen Antrag auf Zusprechung von Kinderunterhaltsbeiträgen ist daher nicht einzutreten.

5. Die Gesuchstellerin macht geltend, sie und ihre Tochter lebten zur Zeit vom Sozialamt der Stadt ... [Ort]. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten seien für sie nicht zahlbar (Urk. 13 S. 2). Ein allfälliges Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hätte indessen bei der Vorinstanz eingereicht werden müssen, weshalb auch darauf nicht einzutreten ist.

6. In seiner unaufgefordert eingereichten Eingabe vom 11. Dezember 2019 führt der Gesuchsgegner aus, dass er ein Besuchsrecht möchte, so dass er seine Tochter mehr als drei Stunden sehen könne (Urk. 18). Da der Gesuchsgegner keine (fristgerechte) Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid erhoben hat, ist darauf nicht weiter einzugehen.

7. Die von der Vorinstanz festgesetzte Gerichtsgebühr von Fr. 2'150.– und deren Auferlegung an die Gesuchstellerin wird von der Gesuchstellerin im Berufungsverfahren nicht bestanden. Es bleibt somit ausgangsgemäss bei der vorinstanzlichen Kostenregelung.

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

9. a) Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b i.V.m. § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 400.– festzusetzen. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen.

b) Mangels wesentlicher Umtriebe ist dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

c) Die Gesuchstellerin macht – wie erwähnt – im Berufungsverfahren geltend, sie und ihre Tochter würden derzeit vom Sozialamt der Stadt ... [Stadt] unterstützt. Sie stellt jedoch kein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 13). Dadurch entsteht ihr kein Nachteil, setzt doch der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO). Die Berufung erweist sich im Lichte der vorstehenden Erwägungen als aussichtslos, weshalb ein allfälliges Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abzuweisen gewesen wäre.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung der Gesuchstellerin wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden kann.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 400.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen im Berufungsverfahren zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin unter Beilage von Urk. 18 in Kopie, an den Gesuchsgegner unter Beilage des Doppels von Urk. 13, 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 im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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, 27. März 2019

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Leitende Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Ferreño

versandt am:  
sf