

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE130020-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. M. Kriech
und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

Beschluss vom 18. September 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin mag. iur. et lic. oec. publ. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Verwertungsverbot**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 3. Juli 2013
(EE130110-L)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am tt. Juli 1999 geheiratet. Aus der Verbindung gingen die beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2003, und D._____, geboren am tt.mm.2010, hervor. Seit März 2013 stehen sich die Parteien vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren gegenüber (vgl. VI-Urk. 1). In diesem Rahmen hat die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) die Anordnung vorsorglicher Massnahme mit Blick auf die Obhutszuteilung und das Besuchsrecht begehrt (VI-Urk. 8). Mit Stellungnahme vom 21. Mai 2013 beantwortete der Gesuchs- und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsgegner) das Massnahmebegehren der Gesuchstellerin und schloss auf Abweisung desselbigen (VI-Urk. 14).
2. Mit der Massnahmeantwort reichte der Gesuchsgegner u.a. zwei von der Gesuchstellerin verfasste Betreuungslisten sowie das Abbild einer Flipchart, welche ebenfalls eine Art Betreuungsplan zeigt, ins Recht (VI-Urk. 15/2, 3 und 9). Weiter reichte er zwei Protokoll einer Generalversammlung der E.____ GmbH in englischer sowie einen Brief seinerseits an seinen Rechtsvertreter in französischer Sprache ein (VI-Urk. 15/6, 7 und 10). Im Vorfeld der auf den 6. Juni 2013 angesetzten Verhandlung beantragte die Gesuchstellerin ein Verwertungsverbot der obgenannten Unterlagen (VI-Urk. 18).
3. Anlässlich der Massnahmeverhandlung vom 6. Juni 2013 einigten sich die Parteien über die Obhutszuteilung an die Gesuchstellerin und das Besuchsrecht des Gesuchsgegners für die Dauer des Eheschutzverfahrens (VI-Urk. 22). Diese Vereinbarung wurde von der Vorinstanz mit Verfügung vom 3. Juli 2013 genehmigt (VI-Urk. 25). In der gleichen Verfügung wies die Vorinstanz das von der Gesuchstellerin beehrte Verwertungsverbot bezüglich der sechs Unterlagen ab (VI-Urk. 25 Dispositiv-Ziffer 1).
4. Hiergegen erhob die Gesuchstellerin innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1):

- " 1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 3. Juli 2013 sei in Bezug auf Ziff. 1 teilweise aufzuheben und das Begehren der Beschwerdeführerin um Verwertungsverbot der Dokumente betreffend die Mediation sei gutzuheissen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners zuzüglich MwSt. von 8%".

Das Verwertungsverbot betreffend die fremdsprachigen Dokumente ist nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens.

Der Gesuchsgegner erklärte mit Eingabe vom 13. September 2013 den Verzicht auf die Einreichung einer Beschwerdeantwort (Urk. 11), was der Gegenseite zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 11 S. 1).

II.

1. Die Gesuchstellerin begründete vor Vorinstanz das beantragte Verwertungsverbot mit Bezug auf VI-Urk. 15/2, 3 und 9 damit, dass die genannten Unterlagen im Zusammenhang mit der von den Parteien absolvierten Mediation entstanden seien, weshalb sie im gerichtlichen Verfahren im Sinne von Art. 216 Abs. 2 ZPO unverwertbar seien.
2. Die Vorinstanz lehnte ein Verwertungsverbot mit Blick auf die (vermeintlichen) Mediationsunterlagen ab, da sich aus den Dokumenten Tatsachen wie zum Beispiel das gelebte Besuchsrecht ergeben würden, welche im Rahmen des Kindeswohls zu berücksichtigen seien, da sie lediglich das Faktische betreffend würden (Urk. 2 S. 4). Hiergegen wendet die Gesuchstellerin ein, auch Tatsachen dürften in einem gerichtlichen Verfahren nur verwertet werden, wenn sie den Parteien schon vor der Mediation bekannt gewesen seien oder unabhängig von einem Mediationsverfahren hätten in Erfahrung gebracht werden können. Beides sei vorliegend nicht der Fall, weshalb die eingereichten Betreuungspläne vertrauliche Zeugnisse der Mediation darstellten (Urk. 1 S. 11 f.). Weiter würden die erwähnten Betreuungspläne gerade nicht das Faktische betreffen, da die im Recht liegenden Betreuungspläne der Gesuchstellerin (VI-Urk. 15/2 und 9) in der Mediation gar nie konkret besprochen worden seien und der auf der Flipchart aufgekleb-

te Plan (VI-Urk. 15/3) von den Parteien nie implementiert worden sei (Urk. 1 S. 14).

3. Der abschlägige Entscheid betreffend das angebehrte Verwertungsverbot stellt eine Beweisverfügung im Sinne einer prozessleitenden Verfügung dar. Die Vorinstanz hat durch die Abweisung des Antrages auf ein Verwertungsverbot die Zulassung der vom Gesuchsgegner ins Recht gereichten Beweismittel angeordnet (Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 154 N 7). Die Beschwerde gegen prozessleitende Verfügungen ist – von den hier nicht einschlägigen, im Gesetz explizit vorgesehen Fällen abgesehen – nur zulässig, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Der Gesetzgeber hat die selbständige Anfechtung gewöhnlicher Inzidenzentscheide absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (vgl. Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7221 ff., S. 7377). Grundsätzlich ist eine beanstandete Zulassung eines Beweismittels erst im Rahmen des Hauptrechtsmittels zusammen mit dem Endentscheid anzufechten (BK-Sterchi, Art. 319 ZPO N 14; ebenso Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7377).

4. Die Gesuchstellerin führt als drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil die faktische Beweislastumkehr, die befürchtete Vorwirkung auf weitere Dokumente im Zusammenhang mit dem Mediationsverfahren sowie die Verfahrensverlängerung bzw. -verteuerung ins Feld (Urk. 1 S. 4-9).

4.1 Die Gesuchstellerin macht geltend, die Zulassung der (angeblich) im Zusammenhang mit der Mediation entwickelten Besuchsrechtsplänen führe faktisch zu einer Beweislastumkehr. Die Parteien würden seit dem 31. Januar 2013 einen Betreuungsplan leben, welcher ausserhalb der Mediation entwickelt worden sei. Normalerweise wäre die Gesuchstellerin lediglich gehalten gewesen, dem Gericht zu bekräftigen, dass das (von ihr behauptete) gelebte Besuchsrecht dem Kindeswohl entspreche. Nach Einbezug der vom Gesuchsgegner eingereichten Besuchsrechtsplänen treffe sie nun aber eine unerwartete Bestreitungslast, indem sie darzutun habe, dass diese Betreuungspläne in der Mediation nie konkret diskutiert worden seien, darüber keine Einigung erzielt und keiner der eingereichten Pläne von den Parteien je umgesetzt worden sei (Urk. 1 S. 6 f.).

Entgegen der Darstellung der Gesuchstellerin führt die Zulassung der Betreuungspläne zu keiner Beweislastumkehr. Die Beweislast trifft nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB diejenige Partei, welche aus einer Behauptung Rechte und Pflichten ableitet. Gegenstand des Beweises bilden strittige Tatsachen. Auch im Verfahren mit geltender uneingeschränkter Untersuchungsmaxime obliegt es den Parteien, dem Gericht den massgeblichen Sachverhalt zu unterbreiten; die Parteien trifft mithin eine Behauptungslast, welche auch eine Bestreitungslast miteinschliesst. Die Gesuchstellerin hat zum gelebten Betreuungskonzept eine Behauptung aufgestellt, welche vom Gesuchsgegner unter Aufstellung einer abweichenden Behauptung bestritten wurde. Entsprechend der Beweislastregel ist jede Partei für ihre Sachdarstellung beweispflichtig. Die die Gesuchstellerin treffende Beweislast ist daher nicht Folge der eingereichten Betreuungspläne, sondern rührt aus der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB. Die sie treffende Bestreitungslast hat ihren Ursprung ebenfalls nicht im Einbezug der vom Gesuchsgegner eingereichten Betreuungspläne, sondern ist die prozessuale Folge der abweichenden Behauptung des Gesuchsgegners. Auch ohne den Einbezug der streitbetroffenen Betreuungspläne stehen mit Blick auf das gelebte Betreuungskonzept der Parteien unterschiedliche Behauptungen im Raum, welche von den Parteien (wenn nötig in einem Beweisverfahren) zu beweisen sein werden.

Selbst wenn aber die eingereichten Betreuungspläne einen Einfluss auf die Verteilung der Beweislast hätten, wäre damit noch nicht begründet, weshalb es der Gesuchstellerin nicht möglich sein sollte, diese Rüge im Rahmen des Rechtsmittels gegen den Endentscheid zu erheben.

4.2 Weiter führt die Gesuchstellerin aus, die Abweisung des Antrages um Erlass eines Verwertungsverbot habe eine prozessual nachteilige Vorwirkung auf die übrigen Trennungsfolgen, da der Gesuchsgegner aus den vorinstanzlichen Ausführungen zu den Betreuungsplänen seine Berechtigung ableiten werde, weitere in der Mediation entwickelte oder diskutierte Unterlagen einzureichen, obwohl sich die Parteien in der Mediation über keine der diskutierten Trennungsfolgen geeinigt hätten (Urk. 1 S. 8). Ferner sei zu befürchten, dass sich der Gesuchsgegner - er-

mutigt durch die vorinstanzlichen Ausführungen - bei der vorläufigen Bemessung seiner Unterhaltszahlung auf die in der Mediation diskutierten, von der Gesuchstellerin aber stets bestrittenen Einkommens- und Bedarfszahlen stützen und damit weiterhin unzureichende Unterhaltszahlungen leisten werde. Selbst für den Fall einer späteren gerichtlichen Festsetzung von höheren Unterhaltsleistungen würde die rückwirkende Einforderung durch die Gesuchstellerin vom Gesuchsgegner mit dem Argument der gutgläubigen Entreicherung erschwert werden, da er sich darauf berufen können, sich auf die "Fakten" der Mediation gestützt zu haben (Urk. 1 S. 8).

Die gesuchstellerische Argumentation zielt ins Leere. Eine durch die Abweisung des beantragten Verwertungsverbot bewirkte Vorwirkung auf weitere Mediationsunterlagen ist nicht ersichtlich. Die Vorinstanz hat die konkret beanstandeten drei Dokumente vom Verwertungsverbot nach Art. 216 Abs. 2 ZPO ausgenommen. Damit hat sie indes nicht Äusserungen oder Dokumente aus der Mediation grundsätzlich für verwertbar erklärt. Vielmehr wird auch jede künftige Eingabe der Parteien von Neuem auf die (Un-)Verwertbarkeit bestimmter Äusserungen oder Unterlagen zu überprüfen sein. Insofern kann nicht gesagt werden, dass die Vorinstanz aufgrund des vorliegenden Entscheides zukünftig unbesehen sämtliche Eingaben und Äusserungen der Parteien zulassen wird. Soweit die Gesuchstellerin geltend macht, die Zulassung der streitbetroffenen Unterlagen könnten den Gesuchsgegner dazu animieren, weitere Mediationsunterlagen ins Recht zu reichen, ist auch darin kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil zu erkennen. Sollte die Vorinstanz in ihrem Eheschutzentscheid - aus Sicht der Gesuchstellerin zu Unrecht - auf Unterlagen aus der Mediation abstellen, kann sie den Endentscheid mit der Begründung anfechten, dieser basiere auf unverwertbaren Beweismitteln. Es ist nicht ersichtlich, woraus der Gesuchstellerin ein Nachteil erwächst, wenn sie diese Rüge erst im Rechtsmittel gegen den Endentscheid vorbringen kann.

Inwiefern sich der Gesuchsgegner einer rückwirkenden Verpflichtung zu Unterhaltsleistungen oder deren Durchsetzung mit dem Argument einer gutgläubigen Entreicherung sollte entziehen können, erschliesst sich sodann nicht. Für die Un-

terhaltsberechnung wird auf die Einkommens- und Bedarfszahlen abgestellt und anhand derer der Unterhaltsbeitrag bemessen. Für eine bereicherungsrechtliche (oder entreicherungsrechtliche) Thematik findet sich dabei kein Raum.

4.3 Schliesslich stellt sich die Gesuchstellerin auf den Standpunkt, der Einbezug der Dokumente der Mediation werde zu einer massiven Aufblähung des Verfahrens führen. Es werde zu einem langwierigen Hin und Her von Behauptungen, Bestreitungen, Gegenbehauptungen und Dokumenteneditionen kommen, welche jeweils gesondert der gerichtlichen Subsumierung unterzogen werden müssten, woraus eine Verlängerung und Verteuerung des Verfahrens resultiere (Urk. 1 S. 9). Aufgrund der Tatsache, dass in familienrechtlichen Verfahren die Gerichtskosten nicht nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen, sondern gestützt auf Art. 107 lit. c ZPO unabhängig vom Prozessausgang hälftig oder nach Leistungsfähigkeit verteilt würden, würde die Gesuchstellerin die durch die Aufblähung des Verfahrens verursachten Mehrkosten mittragen müssen.

Der gesuchstellerischen Ansicht kann nicht gefolgt werden. Eine (mutmassliche) Verfahrensverzögerung bzw. -verteuerung stellt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinen rechtlichen Nachteil dar. Soweit das Vorliegen eines tatsächlichen Nachteils überhaupt ausreichend ist - was zumindest von einem Grossteil der Lehre vertreten wird (vgl. Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 319 N 15; BK-Sterchi, Art. 319 N 11; Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 39) - liegt ein solcher im vorliegenden Fall ebenfalls nicht auf der Hand. Bis anhin wurde die Zulässigkeit der vom Gesuchsgegner eingereichten Beweismittel im Rahmen einer prozessleitenden Verfügung zusammen mit dem Massnahmeentscheid beurteilt. Insofern kam es zu keiner Verlängerung des Verfahrens. Dass die Vorinstanz sich im weiteren Verfahrensverlauf mit zahlreichen Eingaben der Parteien, welche potentiell unverwertbare Äusserungen aus der Mediation beinhalten könnten, auseinandersetzen haben werde, stellt primär eine Befürchtung der Gesuchstellerin dar. Damit ist ein nicht leicht zu machender Nachteil aber keineswegs offensichtlich. Es würde aber an der Gesuchstellerin liegen, die Eintretensvoraussetzung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils infol-

ge Verfahrensverzögerung durch konkrete Anhaltspunkte darzutun. Die Äusserung einer blossen Befürchtung genügt hierbei nicht. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, worin - d.h. aus welchen konkreten zusätzlichen Verfahrensschritten - die behauptete Verfahrensverzögerung bzw. -verteuerung bestehen sollte. Sollte sich die Befürchtung der Gesuchstellerin bewahrheiten und der Gesuchsgegner vertrauliche Dokumente aus der Mediation einreichen, wird die Vorinstanz im Rahmen einer Beweisverfügung die Zulässigkeit der anbotenen Beweismittel zu beurteilen haben. Dies alleine bewirkt aber noch keine erhebliche Verzögerung des Verfahrens, sondern gehört in Verfahren, in welchem strittige Tatsachen im Rahmen eines Beweisverfahrens zu klären sind, zum üblichen Verfahrensablauf.

4.4 Abschliessend kann daher festgehalten werden, dass der Gesuchstellerin kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil erwächst, wenn sie die Abweisung des beantragten Verwertungsverbotes erst mit dem Endentscheid anfechten kann. Auf die Beschwerde ist demzufolge nicht einzutreten.

III.

Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Beschwerdeverfahren zu befinden. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 2'000.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels entsprechendem Antrag ist dem Gesuchsgegner keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 10 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 in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 18. September 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:
se