

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE190009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Urteil vom 19. August 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Prozesserledigung)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 4. Juli 2019
(EE180214-L)**

Erwägungen:

1. a) Die Parteien sind verheiratet und Eltern zweier Töchter, geboren am tt.mm.2015 und tt.mm.2017. Anfang Juli 2018 reichte die Gesuchstellerin beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) ein Eheschutzbegehren und ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ein (Vi-Urk. 1, 3 und 6). Anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 5. November 2018 stellte der Gesuchsgegner seinerseits Anträge in der Hauptsache (Vi-Urk. 38) und schlossen die Parteien eine Vereinbarung hinsichtlich der Kinderbelange Obhut und Besuchsrecht, welche mit Verfügung vom 13. Dezember 2018 genehmigt wurde (Vi-Urk. 40 und 47). Mit Verfügung vom 25. Juni 2019 ordnete die Vorinstanz superprovisorisch ein Ferienbesuchsrecht des Gesuchsgegners an, beginnend ab 4. Juli 2019 (Vi-Urk. 74). Auf die von der Gesuchstellerin dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Beschluss der Kammer vom 1. Juli 2019 nicht eingetreten (Vi-Urk. 75). Am 3. Juli 2019 stellte die Gesuchstellerin das Gesuch, die Verfügung vom 25. Juni 2019 wiedererwägungsweise aufzuheben (Vi-Urk. 76). Am 4. Juli 2019 erklärte die Gesuchstellerin den Rückzug des Eheschutzbegehrens und die Beendigung des Mandats ihres damaligen Rechtsvertreters (Vi-Urk. 82). Mit Verfügung vom 4. Juli 2019 (Z6) entschied die Vorinstanz (Vi-Urk. 84 = Urk. 2):

1. Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung vom 4. Juli 2019 (Z5) wird wie folgt berichtigt [...]:
" Dem Gesuchsgegner wird eine *Frist bis zum Mittwoch, den 10. Juli 2019, um 12:00 Uhr* angesetzt, um sich zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 3. Juli 2019 schriftlich vernehmen zu lassen. [...]"
2. Vom Rückzug der Gesuchstellerin vom 4. Juli 2019 wird Vormerk genommen.
3. Das Eheschutzverfahren wird weitergeführt. Die vereinbarten vorsorglichen resp. angeordneten superprovisorischen Massnahmen gelten für die Dauer des Verfahrens entsprechend weiter.
4. Dem bisherigen Gesuchsgegner wird ab Rechtskraft dieser Verfügung die Rolle des Gesuchstellers und der bisherigen Gesuchstellerin die

Rolle der Gesuchsgegnerin zugeteilt. Das Rubrum wird entsprechend geändert.

5. Die Parteien werden mit separater Vorladung zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung auf den 2. Oktober 2019 vorgeladen.
6. [Schriftliche Mitteilung]
7. [Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

b) Hiergegen erhob die Gesuchstellerin (persönlich) am 29. Juli 2019 (Datum Poststempel) fristgerecht (Zustellung der angefochtenen Verfügung gemäss unakturiertem Zustellnachweis am 18. Juli 2019) Beschwerde und stellte die Beschwerdeanträge (Urk. 1 S. 1):

- "1. Ziff. 1-5 Urteilsdispositiv der Verfügung vom 4. Juli 2019 seien aufzuheben;
es sei zu erkennen, dass durch Klagerückzug der Beschwerdeführerin das Eheschutzverfahren zwischen den Parteien am Bezirksgericht Zürich dahingefallen und abzuschreiben sei.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdegegners, zzgl. MwSt."

Ebenso stellte die Gesuchstellerin ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, eventualiter Verzicht auf Einforderung eines Gerichtskostenvorschusses, sowie ein Gesuch um Sistierung des vorinstanzlichen Verfahrens bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens (Urk. 1 S. 2). Letzteres wird mit dem heutigen Endentscheid obsolet.

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Beschwerde sogleich als unbegründet erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. a) Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei bedeutet Geltendmachung, dass in der Beschwerde konkret dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll; was nicht in dieser Weise beanstandet wird, braucht von der Beschwerdeinstanz nicht überprüft zu werden und hat insofern grundsätzlich Bestand. Sodann sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen

und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO); was im erstinstanzlichen Verfahren nicht vorgetragen wurde, kann im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht bzw. nachgeholt werden.

b) Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, der Gesuchsgegner habe seinerseits die Bewilligung des Getrenntlebens unter Regelung der Nebenfolgen beantragt. Die Aufhebung des Haushaltes gelte als begründet, da an der Verhandlung beide Parteien dies beantragt hätten. Folglich habe das Gericht nun auch gestützt auf das Begehren des Gesuchsgegners die Folgen gemäss Art. 176 ZGB zu regeln. In Analogie zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Berufungsverfahren bei strittigen Scheidungsprozessen, die wie das Eheschutzverfahren durch eine Partei alleine eingeleitet würden, könne die Gesuchstellerin den Anspruch des Gesuchsgegners nicht durch Rückzug ihres Gesuchs verhindern bzw. alleine über den Bewilligungs- bzw. Regelungsanspruch verfügen, denn auch beim Eheschutzgesuch handle es sich um eine doppelseitige Klage bzw. ein doppelseitiges Gesuch (*actio duplex*). Daher sei das Verfahren nicht abzuschreiben, sondern fortzuführen (Urk. 2 S. 3 f.).

c1) Die Gesuchstellerin macht in ihrer Berufung vorab geltend, die Vorinstanz habe zu Recht festgehalten, dass sie mitsamt Kindern noch vor Erlass der angefochtenen Verfügung ins Ausland gezogen sei. Der Gesuchsgegner lebe in Dubai und könne allein kein Eheschutzgesuch in der Schweiz einreichen, da keine Partei Wohnsitz in der Schweiz habe. Offenkundig liege kein Bezug mehr zur Schweiz vor. Aufgrund des Wohnsitzes der Kinder in den Philippinen sei auch nicht mehr Schweizer Recht anwendbar (Urk. 1 S. 3).

In der angefochtenen Verfügung wird entgegen der Gesuchstellerin nirgends erwogen, dass diese noch vor Erlass derselben nach den Philippinen weggezogen sei (Urk. 2). Die Gesuchstellerin hat denn auch der Vorinstanz erst am 18. Juli 2019 – und damit deutlich nach dem Erlass der angefochtenen Verfügung vom 4. Juli 2019 – mitgeteilt, dass sie sich am 3. Juli 2019 von der Schweiz abgemeldet habe (Vi-Urk. 94; unter gleichzeitiger Nennung der neuen Adresse auf den Philippinen). Den Umstand der Abmeldung der Gesuchstellerin nach den Philippinen hatte die Vorinstanz zwar bereits am 5. Juli 2019 in Erfahrung gebracht (vgl.

Vi-Urk. 87), doch auch dies erst nach Erlass der angefochtenen Verfügung. Somit liegt diesbezüglich keine unrichtige Sachverhaltsfeststellung vor. Damit braucht vorliegend auch nicht geprüft zu werden, ob die Kinder der Parteien tatsächlich Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben (Belege dafür liegen nicht vor) oder ob die Verbringung ins Ausland widerrechtlich erfolgte (das Vorliegen einer Zustimmung im Sinne von Art. 301a Abs. 2 lit. a ZPO wird von der Gesuchstellerin nicht einmal behauptet).

c2) Die Gesuchstellerin macht in ihrer Berufung sodann im Wesentlichen geltend, ihr Rückzug habe das Eheschutzverfahren unmittelbar beendet. Im von der Vorinstanz angeführten Entscheid 5A_62/2016 (E. 4) habe sich das Bundesgericht einzig dazu ausgesprochen, ob ein Scheidungskläger die Klage bindend zurückziehen könne, wenn der andere Ehegatte auch die Scheidung beantragt habe. Vorliegend gehe es nicht um eine Scheidung. Die analoge Anwendung eines unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheids gehe nicht an, weil der Gesetzgeber den Klagerückzug in Art. 241 ZPO ausdrücklich geregelt habe. Dass ein gesetzgeberisches Versehen oder eine Lücke vorliege, mache selbst die Vorinstanz nicht geltend (Urk. 1 S. 3 f.).

Der Klagerückzug und dessen Wirkung werden in Art. 241 ZPO geregelt. Dass ein Rückzug der Klage die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids hat und damit das Verfahren unmittelbar beendet, gilt allerdings nur dort, wo die klagende Partei über den gesamten strittigen Anspruch allein verfügen kann. Diese alleinige Verfügungsmacht hat das Bundesgericht für eine Scheidungsklage, bei der sich beide Ehegatten auf denselben Scheidungsgrund berufen, ausdrücklich verneint (dieser auch von der Vorinstanz und der Gesuchstellerin angerufene Entscheid ist in der amtlichen Sammlung veröffentlicht: BGE 142 III 713, beso. E. 4.3.3). Gleich verhält es sich im vorliegenden Eheschutzverfahren, in welchem nebst der Gesuchstellerin (Vi-Urk. 3 S. 2) auch der Gesuchsgegner (Vi-Urk. 38 S. 1) die Bewilligung des Getrenntlebens beantragt hat (was er nicht mittels einer Widerklage erreichen konnte). Dieser eigene Anspruch des Gesuchsgegners auf Bewilligung des Getrenntlebens und Regelung desselben steht nicht zur Disposi-

tion der Gesuchstellerin. Die Vorinstanz hat daher das Eheschutzverfahren trotz der Rückzugserklärung der Gesuchstellerin zu Recht fortgesetzt.

d) Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist demgemäss abzuweisen.

3. a) Das Beschwerdeverfahren beschlägt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 5 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 1'500.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Die Gesuchstellerin hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 1 S. 2). Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO). Die Beschwerde ist jedoch als aussichtslos anzusehen (vgl. vorstehende Erwägungen), weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist.

d) Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Gesuchstellerin zufolge ihres Unterliegens, dem Gesuchsgegner mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt.

4. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage der Doppel von Urk. 1, 3 und 4/2, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 und 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, 19. August 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
bz