

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE170020-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

Beschluss und Urteil vom 27. April 2017

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 9. März 2017 (EE160072-G)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

1. Dem Gesuchsteller sei das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit zu bewilligen und es sei festzustellen, dass die Parteien bereits seit dem 29.03.2015 faktisch getrennt leben.
2. Es sei die eheliche Wohnung am ... [Adresse 1] samt Hausrat und Mobilier (mit Ausnahme der persönlichen Effekten der Gesuchsgegnerin) für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsteller zur alleinigen und uneingeschränkten Benützung zuzuweisen. Der Gesuchsgegnerin sei deshalb zu befehlen, die eheliche Liegenschaft unverzüglich, spätestens aber bis zum 14.03.2017 zu verlassen und das Gemeindeammannamt der Gemeinden Küsnacht Zumikon Zollikon sei durch das Gericht anzuweisen, diesen Befehl auf erstes Verlangen des Gesuchstellers zu vollziehen, soweit die Gesuchsgegnerin die Wohnung bis zum 14.03.2017 nicht verlassen haben sollte.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer zulasten der Gesuchsgegnerin.

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am
Bezirksgericht Meilen vom 9. März 2017:**

(Urk. 23 S. 7f.)

1. Dem Gesuchsteller wird das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit bewilligt und es wird festgestellt, dass die Parteien seit dem 29. März 2015 getrennt leben.
2. Die eheliche Wohnung der Parteien am ... [Adresse 1] wird samt Hausrat und Mobilier (mit Ausnahme der persönlichen Effekten der Gesuchsgegnerin) für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsteller zur alleinigen und uneingeschränkten Benutzung zugewiesen.
3. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, die eheliche Wohnung am ... [Adresse 1], bis spätestens 14. März 2017 zu verlassen.
4. Das Gemeindeammannamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon wird angewiesen, Dispositiv Ziff. 3 dieser Verfügung nach Eintritt der Rechtskraft und Ablauf der Auszugsfrist auf erstes Verlangen des Gesuchstellers zu vollstrecken. Der Gesuchsteller hat die Vollstreckungskosten vorzuschüssen, doch sind sie ihm von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'500.-.

6. Die Gerichtskosten werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.
7. Die Gerichtskosten werden mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss von CHF 3'000.– verrechnet, sind ihm aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.
8. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung von CHF 1'700.– (8 % MwSt darin enthalten) zu bezahlen.
9. (Schriftliche Mitteilung)
10. (Berufung)
11. (Beschwerde)

Berufungsanträge:

der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (Urk. 22 S. 2ff.):

- "1. Gestützt auf Art. 315 Abs. 5 ZPO sei die Vollstreckung von Dispositiv Ziffern 2 bis 4 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht i.s.V., vom 9. März 2017 (Gesch. Nr. EE160072-G/U), für die Dauer des Berufungsverfahrens aufzuschieben.
2. Disp. Ziff. 1 bis 8 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht i.s.V., vom 9. März 2017 (Gesch. Nr. EE160072-G/U), seien aufzuheben und die Sache zur Durchführung des Eheschutzverfahrens und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Eventuell seien Disp. Ziff. 1 bis 8 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht i.s.V., vom 9. März 2017 (Gesch. Nr. EE160072-G/U), aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:
 1. *Den Gesuchstellern sei das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit zu bewilligen, und sei festzustellen, dass die Parteien seit August 2016 getrennt leben.*
 2. *Die eheliche Wohnung der Parteien am ... [Adresse 1] sei samt Hausrat und Mobiliar (mit Ausnahmen der persönlichen Effekten des Gesuchstellers) für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zur alleinigen und unbeschränkten Benutzung zuzuweisen, und es sei dem Gesuchsteller eine Auszugsfrist von zwei Monaten ab Rechtskraft des Endentscheids für das Verlassen der ehelichen Wohnung einzuräumen. Subeventuell (bei Zuteilung der ehelichen Wohnung an den Gesuchsteller) sei der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin auf erste Aufforderung, nebst ihren persönlichen Effekten inkl. Anden-*

ken und sämtlichen Kleidern, das für die Möblierung einer Zweizimmerwohnung notwendige Mobiliar herauszugeben (darunter insbesondere das Bett aus dem ehelichen Schlafzimmer, ein Kasten mit ihren Kleidern, eine Kommode mit Wäsche, ein Esstisch mit Stühlen, zwei Polstersessel aus dem Wohnzimmer, den Fernseher, die Hälfte von Geschirr, Besteck, Badezimmer- und Bettwäsche). Ferner sei subeventuell der Gesuchsgegnerin eine Auszugsfrist von zwei Monaten ab Rechtskraft des Endentscheids einzuräumen, um die eheliche Wohnung zu verlassen.

- 3. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin einen ehelichen Unterhaltsbeitrag von mindestens CHF 1'500.– pro Monat (vorbehältlich definitiver Bezifferung nach Vorliegen der massgeblichen Unterlagen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Gesuchstellers sowie dem Bedarf beider Parteien) zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich im Voraus per Ersten jeden Monats.*
 - 4. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin für das Eheschutz- und Berufungsverfahren einen Prozesskostenbeitrag von CHF 8'000.00 zu bezahlen; subeventuell sei der Gesuchstellerin [recte: Gesuchsgegnerin] die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 und Art. 118 Abs. 1 lit. a und b ZPO zu gewähren und in der Person ihres derzeitigen Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. c. ZPO zu bestellen.*
 - 5. Die Gerichtskosten von CHF 1'500.00 für das vorinstanzliche Verfahren bis und mit der begründeten Fassung des vorinstanzlichen Urteils vom 9. März 2017 seien vollumfänglich dem Gesuchsteller aufzuerlegen.*
 - 6. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin für das vorinstanzliche Verfahren bis und mit der begründeten Fassung des vorinstanzlichen Urteils vom 9. März 2017 eine Parteientschädigung von CHF 1'700.00 zu bezahlen.*
4. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren seien dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
 5. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung von CHF 3'500.00 (zuzügl. 8% MwSt.) zu bezahlen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am tt. März 2010 in C._____ geheiratet (Urk. 2/1). Die Ehe blieb kinderlos (Urk. 2/1). Jedenfalls seit August 2016 leben die Parteien unbestrittenermassen getrennt (Urk. 22 S. 18).

2. Am 24. Dezember 2016 reichte der Gesuchsteller und Berufungsbe-
klagte (fortan Gesuchsteller) vor Vorinstanz ein Gesuch um Erlass von Ehe-
schutzmassnahmen mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen ein (Urk. 1). An
der Hauptverhandlung vom 9. März 2017 erschien die Gesuchsgegnerin und Be-
rufungsklägerin (fortan Gesuchsgegnerin) nicht (Urk. 12). Gleichentags fällte die
Vorinstanz das vorstehend wiedergegebene (Säumnis-)Urteil (Urk. 13). Am 14.
März 2017 verlangte die Gesuchsgegnerin innert Frist dessen Begründung (Urk.
15), welche den Parteien am 22. März 2017 zugestellt wurde (Urk. 17/1-2).

Am 3. April 2017 erhob die inzwischen anwaltlich vertretene Gesuchsgegne-
rin Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 22). Da sich die
Berufung der Gesuchsgegnerin - wie zu zeigen sein wird - sogleich als unbegrün-
det erweist, kann auf das Einholen einer Berufungsantwort des Gesuchstellers
verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

3. Auf die Vorbringen der Gesuchsgegnerin ist in der Folge nur insoweit einzu-
gehen, als diese entscheidrelevant sind.

II.

1. Die Gesuchsgegnerin stellt als Hauptantrag ausschliesslich einen
Rückweisungsantrag, während sie als Eventualanträge eine Reihe materieller An-
träge stellt. Die Berufung ist ein reformatorisches Rechtsmittel (Art. 318 Abs. 1
lit. b ZPO) und die Berufungsinstanz besitzt volle Kognition in Sach- und Rechts-
fragen, weshalb Rechtsmittelanträge entsprechend zu formulieren sind. Grund-

sätzlich ist daher ein materieller Antrag erforderlich, wie in der Sache zu entscheiden ist, während ein Rückweisungsantrag nur ausnahmsweise zulässig ist (vgl. hierzu BGE 133 III 489 E. 3.1 zur analogen Regelung in Art. 107 Abs. 2 BGG in Verbindung mit Art. 42 Abs. 1 BGG). Vorliegend sind daher die Eventualanträge als Hauptanträge und der Hauptantrag auf Rückweisung an die Vorinstanz als Eventualantrag zu qualifizieren.

2. a) Hinsichtlich der Begründung ihrer materiellen Anträge verweist die Gesuchsgegnerin einerseits auf die Begründung ihres prozessualen Rückweisungsantrags, ihr Rechtsvertreter macht aber gleichzeitig geltend, er sei mangels genügender Instruktion ausserstande, diese Anträge zu begründen. Ausserdem sei es ihr - der Gesuchsgegnerin - auch gar nicht zumutbar, eine Begründung dieser Anträge ohne genügende Instruktion ihres Rechtsvertreters einreichen zu müssen. Es sei ihr daher - falls dem Rückweisungsantrag nicht stattgegeben werde - eine angemessene Frist zur Begründung ihrer materiellen Anträge anzusetzen (Urk. 22 S. 18).

b) Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO muss die Berufung eine Begründung enthalten. Dies bedeutet, dass sich die Gesuchsgegnerin 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 Berufungsfrist ist sodann eine nicht erstreckbare gesetzliche Frist (Art. 314 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 144 Abs. 1 ZPO).

Das Stellen von Eventualanträgen ist zwar ohne weiteres zulässig (ZK ZPO-Bessenich/Bopp, Art. 90 N 5). Indessen sind sämtliche gestellten Begehren, also auch Eventualbegehren, innert der gesetzlichen Frist zu begründen, ansonsten eine Verletzung der Begründungspflicht vorliegt, weshalb diesbezüglich auf die Berufung nicht einzutreten ist (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 38). Eine Nachfristansetzung im Sinne von Art. 132 ZPO ist weder möglich noch zulässig.

c) Soweit die Gesuchsgegnerin daher materielle Anträge stellt, ist auf ihre Berufung mangels genügender Begründung nicht einzutreten (BGer 5A_205/2015, Urteil vom 22. Oktober 2015, E. 5.2. mit Hinweisen).

3. Die Gesuchsgegnerin rügt mit ihrer Berufung eine Vielzahl von verfahrensrechtlichen Mängeln während des erstinstanzlichen Verfahrens (Urk. 22 S. 9ff.). Auf diese Rügen ist im Folgenden einzugehen. Vorab ist festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin die Vorladung zur vorinstanzlichen Verhandlung unbestrittenermassen am 2. Februar 2017 am Postschalter persönlich abgeholt hatte und dass sie an der Verhandlung vom 9. März 2017 nicht erschienen war (Urk. 22 S. 9).

4. a) Die Gesuchsgegnerin bringt zunächst vor, sie habe die Vorladung zur Verhandlung vom 9. März 2017 aus sprachlichen Gründen nicht verstanden. Sie habe nach der Abholung der Vorladung den Gesuchsteller noch auf der Poststelle vergeblich um eine Übersetzung des ihr unverständlichen Dokuments gebeten. Er habe ihr daraufhin lediglich erklärt, dass er jetzt keine Zeit habe, ihr den Inhalt dieser auf deutsch verfassten Postsendung zu übersetzen und zu erläutern, das könne noch warten. In der Folge habe sie - die Gesuchsgegnerin - den Gesuchsteller kaum je in der ehelichen Wohnung angetroffen. Er habe sie auch in der Folge nie mehr auf das Couvert oder die Verhandlung angesprochen. Sie habe dann noch einige Tage in D. _____ [Stadt in Frankreich] bei ihrem dort lebenden Sohn verbracht und das Couvert aus den Augen verloren (Urk. 22 S. 13).

Die Gesuchsgegnerin macht daher geltend, sie sei sprachbedingt und damit aus entschuldbaren Gründen nicht an der Verhandlung vom 9. März 2017 erschienen. Bei pflichtgemässer Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes und Beachtung des Anspruchs auf eine französische Übersetzung des Mindestinhalts der Vorladung hätte die Vorinstanz ihre Säumnis vermeiden können (Urk. 22 S. 13f.).

b) Die Gesuchsgegnerin verkennt mit dieser Argumentation, dass der Anspruch auf Übersetzung als Ausfluss des Grundsatzes auf Gewährung des rechtlichen Gehörs lediglich für die mündliche Prozessführung, also insbesondere für Verhandlungen gilt. Gestützt auf Art. 129 ZPO wird das Verfahren nämlich in der Amtssprache geführt, welche im Kanton Zürich deutsch ist (Art. 48 KV ZH). So haben sich die zürcherischen Gerichte für die Verhandlungsführung sowie für mündliche und schriftliche prozessleitende Verfügungen und Entscheide der

deutschen Sprache zu bedienen (ZK ZPO-A. Staehelin, Art. 129 N 3f.). Zu den prozessleitenden Verfügungen gehören auch Vorladungen. Die Übersetzung solcher schriftlicher Entscheide kann sich eine der deutschen Sprache nicht mächtige Partei selber besorgen (ZK ZPO-A. Staehelin, Art. 129 N 4 mit Hinweis auf BGE 118 Ia 467; BGer 5A_423/2007 vom 5. Dezember 2007).

c) Die Vorinstanz hat daher keine Rechtsverletzung begangen, indem sie der Gesuchsgegnerin die Vorladung lediglich auf deutsch zugestellt hat, obwohl sie wusste, dass die Gesuchsgegnerin der deutschen Sprache nicht (genügend) mächtig ist. Nicht erforderlich ist es, einer Partei, welche der deutschen Sprache nicht mächtig ist, den Mindestinhalt einer Verfügung oder Vorladung in deren Muttersprache zu übersetzen. Die Gesuchsgegnerin wurde daher gültig und rechtsgenügend zur Verhandlung vom 9. März 2017 vorgeladen.

5. Entgegen den Ausführungen der Gesuchsgegnerin (Urk. 22 S. 14) kann sodann weder dem Gesuchsteller noch seinem Rechtsvertreter eine Verletzung der Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben im Prozess vorgeworfen werden: Der Gesuchsgegnerin wurde die Vorladung zur Verhandlung vom 9. März 2017 unbestrittenermassen am 2. Februar 2017 zugestellt. Sie hatte damit mehr als einen Monat Zeit, sich um eine Übersetzung des für sie anscheinend unverständlichen Dokuments zu kümmern. Es wäre an ihr gewesen, entweder noch einmal den Gesuchsteller zu kontaktieren und ihn um Hilfe bei der Übersetzung der Vorladung zu bitten, oder sich direkt an eine andere der deutschen Sprache mächtige Person oder an die Vorinstanz zu wenden.

Sodann ergibt sich aus dem Umstand, dass sich die Gesuchsgegnerin bereits am Tag nach Zustellung des unbegründeten Urteils an die Vorinstanz wandte und - mit schriftlicher Eingabe auf französisch mit deutscher Übersetzung sowie unter Hinweis auf ihre neue Rechtsvertreterin - die Begründung des angefochtenen Entscheids verlangte (Urk. 15), dass sie nicht unbeholfen ist. Dass es der Gesuchsteller oder sein Rechtsvertreter ganz bewusst auf ein Säumnisurteil ankommen liessen, lässt sich entgegen der Behauptung der Gesuchsgegnerin (Urk. 22 S. 14) den erstinstanzlichen Akten nicht entnehmen. Vielmehr wies der Rechtsvertreter des Gesuchstellers in seiner Eheschutzeingabe vom 24. Dezem-

ber 2016 ausdrücklich darauf hin, dass sich die Gesuchsgegnerin zur Zeit noch in E. _____ [Staat in Afrika] befinde, sie aber am 18. Januar 2017 in die Schweiz einreise und am 14. März 2017 wieder nach E. _____ zurückfliege, weshalb es Sinn mache, die Eheschutzverhandlung in dieser Zeitspanne durchzuführen. Ferner sei für die Verhandlung ein Dolmetscher in französischer Sprache anzubieten, da die Gesuchsgegnerin auf Übersetzung angewiesen sei (Urk. 1 S. 8). Am 23. Januar 2017 meldete sich der Rechtsvertreter des Gesuchstellers - wie in seinem Begehren um Anordnung von Eheschutzmassnahmen angekündigt (Urk. 1 S. 8f.) - denn auch telefonisch bei der Vorinstanz, um die Ankunft der Gesuchsgegnerin in der Schweiz und ihren derzeitigen Aufenthalt in der Wohnung des Gesuchstellers mitzuteilen sowie nochmals auf die Notwendigkeit eines Französisch-Dolmetschers für die Eheschutzverhandlung hinzuweisen (Urk. 6). Dies alles spricht absolut nicht für ein unfaires oder den Rechtsstaat hintertreibendes Verhalten des Gesuchstellers und seines Rechtsvertreters. Im Gegenteil zeugt dieses Vorgehen von einem korrekten und die Rechte der Gesuchsgegnerin respektierenden Verhalten.

6. Ferner bringt die Gesuchsgegnerin vor, die Vorinstanz habe die Pflicht zur materiellen Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Pflicht zum Versuch der Einigung der Parteien verletzt. Die Vorinstanz habe daher Art. 273 Abs. 1 und 3 unrichtig angewandt. Sowohl die Durchführung einer mündlichen Verhandlung als auch der Versuch der Einigung der Parteien setze begriffsnotwendig die Durchführung einer Verhandlung voraus. Am 9. März 2017 habe nur der Form nach eine mündliche Verhandlung stattgefunden, infolge der Abwesenheit der Gesuchsgegnerin habe indessen der Sachverhalt nicht abschliessend geklärt werden können (Urk. 22 S. 15).

Der Gesuchsgegnerin ist darin zuzustimmen, dass im Eheschutzverfahren gestützt auf Art. 273 Abs. 1 ZPO eine gesetzliche Regelung vorliegt, welche grundsätzlich die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vorschreibt. Auf eine mündliche Verhandlung kann nach Art. 273 Abs. 1 Satz 2 ZPO nur ausnahmsweise verzichtet werden, wenn der Sachverhalt aufgrund der Eingaben der Parteien klar oder unbestritten ist. Diese Bestimmung führt indessen nicht dazu,

dass Parteien ungeachtet der genügenden Vorladung zur Verhandlung und der Säumnis einer Partei erneut zu einer mündlichen Verhandlung oder einem Einigungsversuch vorzuladen wären (ZK ZPO-Leuenberger, Art. 234 N 1). Die Gesuchsgegnerin macht - abgesehen vom bereits verworfenen Einwand, dass ihr die Vorladung hätte übersetzt werden müssen (vgl. oben Erwägung 4.) - nicht geltend, nicht korrekt zur Eheschutzverhandlung vom 9. März 2017 vorgeladen worden zu sein. Auch aus den Akten ist eine Verletzung der Bestimmungen zur korrekten Vorladung nicht ersichtlich, so dass auch die Rüge der Gesuchsgegnerin, die Vorinstanz habe Art. 273 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO verletzt, unbegründet ist.

7. a) Weiter macht die Gesuchsgegnerin geltend, die Vorinstanz habe den im Eheschutzverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 272 ZPO verletzt. Sie rügt, die Vorinstanz hätte sich von Amtes wegen, das heisse unabhängig von den Vorbringen des anwesenden Gesuchstellers und ihrer Säumnis, zumindest um die Feststellung des eheschutzrechtlich massgeblichen Sachverhalts bemühen müssen. Deshalb, so die Gesuchsgegnerin weiter, hätte die Vorinstanz ihren Entscheid eben gerade nicht nur auf die Akten und die Vorbringen des anwesenden Gesuchstellers stützen dürfen. Vielmehr hätte sie in Anwendung von Art. 272 ZPO weitere Sachverhaltsfeststellungen vornehmen müssen, um denjenigen rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, der durch die Rechtsbegehren des Gesuchstellers vorgegeben worden sei. Solche weiteren Feststellungen habe die Vorinstanz unterlassen, womit sie Art. 272 ZPO verletzt habe (Urk. 22 S. 10f.). Dies gelte insbesondere auch für die Feststellung der Berechtigung zum Getrenntleben im Sinne von Art. 175 ZGB und zum Trennungszeitpunkt im Sinne von Art. 114 ZGB (Urk. 22 S. 15).

b) Im Eheschutzverfahren gilt die sogenannte eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 272 ZPO geht aber weniger weit als beispielsweise der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO in Bezug auf Kinderbelange. Diese Differenzierung fliesst aus einer unterschiedlichen Gewichtung der Ziele, welche in den verschiedenen Verfahren durch den Untersuchungsgrundsatz verfolgt werden. Während bei der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime die Ermittlung der materiellen Wahrheit im

Vordergrund steht, zielt im Eheschutzverfahren der Untersuchungsgrundsatz eher darauf ab, unbeholfene oder unerfahrene Parteien zu unterstützen und zu schützen. Dementsprechend wird auch die Bezeichnung "sozialer Untersuchungsgrundsatz" verwendet (ZK ZPO-Sutter-Somm/Hostettler, Art. 272 N 12). In der Praxis äussert sich dies vor allem durch eine verstärkte richterliche Fragepflicht anlässlich der mündlichen Verhandlung sowie die Aufforderung zur Einreichung fehlender Beweisunterlagen (BGer 5A_2013 vom 6. März 2013, E. 4.2).

Die Tragweite des Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 272 ZPO wird durch den Umstand eingeschränkt, dass – mit Ausnahme bezüglich vorliegend nicht streitiger Kinderbelange – das Eheschutzverfahren vom Dispositionsgrundsatz beherrscht ist: Der Verfahrensgegenstand wird von den Parteien bestimmt. In diesem Rahmen muss das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen; darüber hinaus ist es weder verpflichtet noch berechtigt, den Sachverhalt abzuklären. Mit anderen Worten bestimmt die Parteidisposition die Tragweite des Untersuchungsgrundsatzes. Das Gericht erforscht den Sachverhalt in diesem Sinne nicht, sondern stellt ihn fest (vgl. zum Ganzen ZK ZPO-Sutter-Somm/Hostettler, Art. 272 N 6ff. insbesondere N 12 - 14).

c) Die Gesuchstellerin ist unentschuldigt nicht zur Verhandlung vom 9. März 2017 erschienen. Die Bewilligung zum Getrenntleben ist nach der gefestigten Praxis immer dann auszusprechen, wenn derjenige Ehegatte, welcher das Getrenntleben verlangt, über einen unverrückbaren Trennungswillens verfügt (vgl. ZR 99 Nr. 67 und ZR 100 Nr. 45). Dass der Gesuchsteller über diesen Willen verfügt, stellt selbst die Gesuchsgegnerin nicht in Abrede. Ferner war vorliegend neben der Berechtigung zum Getrenntleben lediglich die Zuteilung der ehelichen Wohnung zu regeln, welche der Disposition der Parteien untersteht. Was sodann die Feststellung des Zeitpunkts des Getrenntlebens durch den Eheschutzrichter anbelangt, so ist festzuhalten, dass diese für den Scheidungsrichter nicht verbindlich ist, weil im Eheschutzverfahren eine geringere Beweisstrenge gilt als im Scheidungsverfahren (ZR 102 Nr. 13). Eine Verletzung der sozialen Untersuchungsmaxime nach Art. 272 ZPO durch die Vorinstanz liegt daher nicht vor. Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin (Urk. 22 S. 10) ist vor diesem Hinter-

grund auch nicht ersichtlich, weshalb die Vorderrichterin in diesen Punkten derartige Zweifel an der Sachdarstellung des Gesuchstellers hätte haben sollen, dass sie gestützt auf Art. 153 Abs. 1 ZPO von Amtes wegen hätte Beweise abnehmen müssen. Nachdem die Gesuchsgegnerin sodann anlässlich der Verhandlung vom 9. März 2017 trotz korrekter Vorladung säumig war, hatte die Vorinstanz keinen Anlass, der Gesuchsgegnerin im Nachgang zur Verhandlung noch Frist zur Stellungnahme zu den Vorbringen des Gesuchstellers anzusetzen (Urk. 22 S. 10). Nicht nachvollziehbar ist ferner, welche entscheiderelevanten Erkenntnisse die Vorinstanz aus allfälligen Abklärungen bei der Einwohnerkontrolle hätte gewinnen sollen, was die Gesuchsgegnerin im Übrigen in der Berufungsschrift nicht darlegt (Urk. 22 S. 10). Jedenfalls ist offensichtlich und unbestritten, dass sie an der vom Gesuchsteller genannten Adresse erreichbar war.

8. Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, aus der Eingabe des Gesuchstellers vor Vorinstanz sei ersichtlich gewesen, dass Letzterer sie während der Ehe finanziell unterstützt habe. Dennoch habe sie gestützt auf die Vorbringen des Gesuchstellers die eheliche Wohnung ihm zugeteilt, die Gesuchsgegnerin innert fünf Tagen zum Verlassen der Wohnung verpflichtet und keinerlei Feststellungen zur Wahrung der Existenzgrundlage für die Gesuchsgegnerin getroffen. Bei pflichtgemässer Ermessensausübung habe die Vorinstanz - so die Gesuchsgegnerin weiter - nicht übersehen dürfen, dass sie mit ihrem Entscheid ihr, der Gesuchsgegnerin, die Existenzgrundlage entzogen habe (Urk. 22 S. 16f.).

Wie bereits ausgeführt, ist die Vorinstanz gestützt auf Art. 272 ZPO nicht verpflichtet, im Hinblick auf die Gesuchsgegnerin auch bei deren Säumnis trotz korrekter Vorladung von Amtes wegen weitere Abklärungen zu treffen. Vielmehr hätte die Gesuchsgegnerin, wenn sie an der Verhandlung teilgenommen hätte, selber einerseits abweichende Anträge hinsichtlich des Getrenntlebens und dessen Aufnahme sowie der Zuweisung der ehelichen Wohnung und andererseits eigene Anträge hinsichtlich allfälliger Unterhaltsbeiträge stellen können. Eine Verletzung von Art. 272 ZPO oder Art. 153 ZPO ist auch hinsichtlich dieser Punkte nicht ersichtlich.

9. Weiter macht die Gesuchsgegnerin geltend, die Vorinstanz hätte im Hinblick auf die offenkundige Bedeutung der in Frage stehenden Eheschutzmassnahmen für die rechtlichen Interessen und die Existenzgrundlage sowie aufgrund ihrer aktenkundigen Sprachschwierigkeiten gestützt auf Art. 272 ZPO Anlass gehabt zu prüfen, ob sie überhaupt im Sinne von Art. 69 ZPO im Stande gewesen sei, den Eheschutzprozess selbst zu führen. Entsprechend hätte die Vorinstanz sie auffordern müssen und können, eine eigene Rechtsvertretung zu bestellen (Urk. 22 S. 17).

Aktenkundig war vor Vorinstanz einzig, dass die Gesuchstellerin der deutschen Sprache nicht mächtig ist. Dies allein verpflichtet jedoch ein Gericht nicht, in Anwendung von Art. 69 ZPO um eine Rechtsvertretung einer Partei besorgt zu sein. Gerade im vorliegenden Fall ist offensichtlich, dass die Gesuchsgegnerin nicht unbeholfen ist, hat sie doch bereits einen Tag nach Erhalt des vorinstanzlichen unbegründeten Urteils dessen Begründung verlangt und eine Rechtsanwältin als Vertreterin mandatiert (Urk. 15). Dass ihr ein solches Vorgehen nicht bereits nach Erhalt der Vorladung möglich gewesen wäre, macht die Gesuchsgegnerin nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich.

10. Zusammengefasst hat die Vorinstanz keine Verfahrensbestimmungen verletzt. Der Antrag der Gesuchsgegnerin auf Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz ist daher abzuweisen. Die Berufung der Gesuchsgegnerin ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Unter diesen Umständen ist das prozessuale Gesuch der Gesuchsgegnerin, es sei ihrer Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen, als gegenstandslos abzuschreiben.

III.

1. a) Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 der Gerichtsgebührenverordnung auf CHF1'200.– festzusetzen.

b) Für das Beschwerdeverfahren sind sodann keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Gesuchsgegnerin infolge ihres Unterliegens, dem Gesuchsgegner mangels wesentlicher Umtriebe im Berufungsverfahren.

2. Die Gesuchsgegnerin stellt im Berufungsverfahren ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags vom Gesuchsteller und eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 22 S. 3, Eventualantrag Ziffer 4).

Sowohl für den Prozesskostenbeitrag des anderen Ehegatten (BGer 5D_135/2010 vom 9. Februar 2011, E. 3.1 unter Hinweis auf BGE 127 I 202 E. 3b) als auch für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 117 ZPO) ist neben der Mittellosigkeit der ansprechenden Partei die fehlende Aussichtslosigkeit des Begehrens bzw. des Rechtsmittels Voraussetzung. Da sich die vorliegende Beschwerde sogleich als aussichtslos erweist, ist das Begehren auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags und jenes um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es die anwaltlich vertretene Gesuchsgegnerin unterlässt, ihre Gesuche um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags und um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu begründen und insbesondere ihre Mittellosigkeit darzulegen und zu belegen. Ihre Gesuche sind daher auch aufgrund der Verletzung der Mitwirkungspflicht abzuweisen (BGer 4D_69/2016 vom 28. November 2016, E. 5.4.3 mit Hinweisen).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin, es sei ihrer Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags durch den Gesuchsteller wird abgewiesen.

3. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung der Gesuchsgegnerin wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 9. März 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage des Doppels von Urk. 22, 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 BGG und 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. April 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:
cm