

# ZH\_OBERGERICHT LE200010 vom 1. September 2020

ZH Obergericht, 2020-09-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE200010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE200010)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE200010 du 1 septembre 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT LE200010 del 1 settembre 2020

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. Dezember 2012 verheiratet (Urk. 1). Sie leben seit Mai 2019 (wobei das genaue Datum strittig ist [Prot. I S. 4 und Urk. 33 S. 15]) getrennt.

### E. 2

Mit Eingabe vom 4. Juni 2019 machte die Gesuchstellerin und Berufungsbe- klagte (fortan Gesuchstellerin) vor Vorinstanz ein Eheschutzbegehren anhängig (Urk. 1). Die Gesuchstellerin gab in ihrem Gesuch an, der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) wohne an der C.\_\_\_\_-Strasse 1 in D.\_\_\_\_ [Ortschaft] (Urk. 1 S. 1). Mit Vorladung vom 11. Juni 2019 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung am 2. August 2019 vorgeladen (Urk. 2). Die Vo- rinstanz adressierte die Vorladung für den Gesuchsgegner mit "C.\_\_\_\_-Str. 1, D.\_\_\_\_" (Urk. 2 S. 1). Am 17. Juni 2019 erkundigte sich die Vorinstanz telefo- nisch beim Gesuchsgegner nach seiner Adresse. Gemäss Aktennotiz gab dieser an, er lebe wieder bei seiner Frau an der E.\_\_\_\_-Strasse 1 in D.\_\_\_\_ (Urk. 5). In der Folge gab die Vorinstanz die Vorladung für den Gesuchsgegner erneut zur Post; dieses Mal mit der Adresse "E.\_\_\_\_-Str. 1, D.\_\_\_\_" (Urk. 4 S. 2). Gemäss Hinweis der Post konnte der Gesuchsgegner an dieser Adresse jedoch nicht er- - 4 - mittelt werden (vgl. den an Urk. 4 angehefteten Briefumschlag). Da die Vorladung der Gesuchstellerin ebenfalls nicht hatte zugestellt werden können, beauftragte die Vorinstanz das zuständige Gemeindeammannamt mit der Zustellung der Vor- ladung an die Parteien (Urk. 3 und 4). Am 11. Juli 2019 teilte das Gemeindeam- mannamt telefonisch mit, die Vorladungen hätten nicht zugestellt werden können (Urk. 6). Mit Schreiben vom 15. Juli 2019 wies das Gemeindeammannamt den Zustellauftrag an den Gesuchsgegner zurück und teilte mit, dieser sei angeblich an den F.\_\_\_\_-Acker 1 in G.\_\_\_\_ [Ortschaft] weggezogen; der Zustellauftrag sei beim Gemeindeammannamt Zürich 11 einzureichen (Urk. 7). Am 18. Juli 2019 bestätigte die Gesuchstellerin auf telefonische Anfrage hin, dass die Wohnung an der E.\_\_\_\_-Strasse 1 in D.\_\_\_\_ leer sei. Ihre Post erhalte sie aber nach wie vor an dieser Adresse (Urk. 10). Am 2. August 2019 verschob die Vorinstanz die Hauptverhandlung vom selben Tag auf den 14. Oktober 2019. In der Verschie- bungsanzeige nahm sie zwar die neue Adresse des Gesuchsgegners (F.\_\_\_\_ - Acker 1, G.\_\_\_\_) auf, sandte diese jedoch nur an die Gesuchstellerin (Urk. 13) und publizierte die Vorladung des Gesuchsgegners im Amtsblatt des Kantons Zü- rich, wobei als dessen Adresse " F.\_\_\_\_-Acker 1, G.\_\_\_\_" aufgeführt wurde (Urk. 14). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 14. Oktober 2019 bestätigte die Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner wohne an der "G.\_\_\_\_-Ackerstr. 1" in G.\_\_\_\_ (Prot. I S. 3). In der Folge erliess die Vorinstanz gleichentags das Urteil (Dispositiv eingangs wiedergegeben), wobei sie im Rubrum beim Gesuchsgegner die Adresse " G.\_\_\_\_-Ackerstr. 1" G.\_\_\_\_" aufnahm (Urk. 22 S. 1). Dieses Ur- teil versandte sie wiederum nur an die Gesuchstellerin (Urk. 24) und publizierte es im Übrigen am 30.

Oktober 2019 im kantonalen Amtsblatt (Urk. 23). Mit Eingabe vom 7. November 2019 verlangte der Gesuchsgegner die Begründung des Urteils vom 14. Oktober 2019 (Urk. 25).

### **E. 3**

Sodann wird die Gesuchstellerin entsprechend dem Ausgang des Verfahrens entschädigungspflichtig. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 und 3 AnwGebV auf Fr. 3'000.– (zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer) zu bemessen. Damit ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'230.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4.1. Der Gesuchsgegner ersucht für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (einschliesslich unentgeltliche Rechtsverteidigung). Da er im vorliegenden Verfahren nicht kostenpflichtig wird, ist sein Gesuch gegenstandslos und abzuschreiben, soweit es sich auf die Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) bezieht. In Bezug auf die beantragte Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) wird das Gesuch jedoch trotz der zuzusprechenden Parteientschädigung nicht gegenstandslos, da die Solvenz der Gesuchstellerin angesichts ihres Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege fraglich erscheint.

4.2. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO auch die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig ist.

4.3. Der Gesuchsgegner ist bei der I. \_\_\_\_\_ AG angestellt und erzielt aktuell Einkünfte in der Höhe von insgesamt rund Fr. 5'840.– pro Monat (Urk. 33 S. 13 und Urk. 36/9-13). Über Vermögen verfügt er nicht (Urk. 36/26). Der Gesuchsgegner beziffert seinen Bedarf auf Fr. 5'559.90 pro Monat (Urk. 33 S. 13). Die geltend gemachten Aufwendungen für den Grundbetrag (Fr. 1'200.–), Wohnkosten (Fr. 1'000.–, Urk. 36/14), Krankenkassenprämien (Fr. 419.90, Urk. 36/15), Haus-, Haftpflicht- und Haftpflichtversicherung (Fr. 30.–), Kommunikation und Mediennutzung (Fr. 150.–), Steuern (Fr. 300.–, Urk. 36/22), Schuldenrückzahlungen (Fr. 800.–, - 10 - Urk. 36/16-21) wurden belegt bzw. entsprechen den gerichtsüblichen Pauschalen und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Für die Ermittlung des zivilprozessualen Notbedarfs ist sodann ein Zuschlag von 25% auf dem Grundbetrag anzurechnen (vgl. Huber, Dike-Komm-ZPO, Art. 117 N 56). Hingegen können die geltend gemachten Auslagen für Mobilität (Fr. 185.–) mangels effektiver Auslagen (der Gesuchsgegner ist seit Mitte März 2019 arbeitsunfähig [Urk. 33 S. 12 und Urk. 36/9]) nicht berücksichtigt werden. Ebenso wenig können die geltend gemachten Positionen im Zusammenhang mit Aufwendungen für Selbstbehalte von Gesundheitskosten (Fr. 125.–) und Unterhalt für die Tochter J. \_\_\_\_\_ (Fr. 1'350.–) angerechnet werden, da sie weder konkret begründet noch entsprechende Zahlungen belegt wurden (vgl. Urk. 33 S. 13 ff.). Damit beläuft sich der dem Gesuchsgegner anrechenbare Bedarf auf Fr. 4'300.– (= Fr. 1'200.– + Fr. 400.– + Fr. 1'000.– + Fr. 419.90 + Fr. 30.– + Fr. 150.– + Fr. 300.– + Fr. 800.–), womit ihm ein monatlicher Überschuss von Fr. 1'540.– verbleibt. Der Gesuchsgegner kann somit ohne Weiteres selbst für die Kosten seiner Rechtsvertretung aufkommen, weshalb sein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung mangels Mittellosigkeit abzuweisen ist.

#### **E. 3.1**

Der ordnungsgemässe Ablauf von Zivilprozessen verlangt eine formgerechte Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden des Gerichts (Huber, Dike-Komm-ZPO, Art. 136 N 4). Die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder Schweizerischen Handelsamtsblatt kann nur erfolgen, wenn (a) der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann, (b) eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre oder (c) eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat (Art. 141 Abs. 1 ZPO). Zu beachten ist, dass nur die rechtmässig angeordnete öffentliche Bekanntmachung – d.h. das Vorliegen eines unter lit. a bis c aufgezählten Falles – die Fiktion des Erhalts der Gerichtsurkunde herbeizuführen vermag (BK ZPO-Frei, Art. 141 N 2; BSK ZPO-Gschwend, Art. 141 N 9; ZK ZPO-Staehelin, Art. 141 N 2).

- 7 -

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid fest, nachdem die Vorladung zur Hauptverhandlung am 2. August 2019 dem Gesuchsgegner trotz mehreren Adressabklärungen und einem Zustellversuch über das Gemeindeammannamt nicht zugestellt werden können, sei die Vorladung zur Hauptverhandlung abgenommen und die Parteien neu auf den 14. Oktober 2019 vorgeladen worden. Zu diesem Zeitpunkt sei dem Gericht keine aktuelle Zustelladresse des Gesuchsgegners bekannt gewesen, weshalb die Vorladung im kantonalen Amtsblatt publiziert worden sei. Zur Hauptverhandlung vom 14. Oktober 2019 sei der Gesuchsgegner unentschuldigt nicht erschienen (Urk. 2 S. 1).

### **E. 3.3**

Nachfolgend ist demnach zu prüfen, ob die Zustellung der Vorladung an den Gesuchsgegner durch Publikation im kantonalen Amtsblatt erfolgen konnte, da der Vorinstanz dessen Aufenthaltsort unbekannt war und von ihr trotz zumutbaren Nachforschungen nicht ermittelt werden konnte (vgl. Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO). Nach zwei gescheiterten postalischen Zustellversuchen (Urk. 2 und Urk. 4 S. 2) beauftragte die Vorinstanz das Gemeindeammannamt Rümlang-Oberglatt mit der Zustellung der Vorladung an den Gesuchsgegner (Urk. 4 S. 1). Dieses teilte am 11. Juli 2019 telefonisch und mit Schreiben vom 15. Juli 2019 schriftlich mit, die Vorladung habe dem Gesuchsgegner nicht zugestellt werden können, angeblich sei er an den F.\_\_\_\_-Acker 1 in G.\_\_\_\_ weggezogen (Urk. 6 und 7). In der Folge aktualisierte die Vorinstanz zwar (offensichtlich ohne weitere Abklärungen) die beim Gesuchsgegner erfasste Adresse (vgl. Urk. 13 und 14), nahm aber beim Gesuchsgegner keinen weiteren postalischen Zustellversuch vor, sondern publizierte sogleich die Vorladung zur Hauptverhandlung am 14. Oktober 2019 im kantonalen Amtsblatt (Urk. 14). Anlässlich der Hauptverhandlung bestätigte die Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner wohne an der "F.\_\_\_\_-Ackerstrasse 1" in G.\_\_\_\_ (Prot. I S. 3). In der Folge erliess die Vorinstanz ohne Weiterungen das angefochtene Säumnisurteil. Nach dem soeben Ausgeführten erhielt die Vorinstanz erstmals mit dem Schreiben des Gemeindeammannamtes vom 15. Juli 2019 Kenntnis von der neuen Wohnadresse des Gesuchsgegners. Weshalb sie dennoch von entsprechenden Abklärungen beim Personenmeldeamt der Stadt Zürich absah (denen auf-

- 8 - grund der am 15. Juli 2019 erfolgten Anmeldung des Gesuchsgegners Erfolg beschieden gewesen wäre [Urk. 36/6]), ist nicht nachvollziehbar, zumal sich der dafür

anfallende Aufwand auf ein kurzes Telefonat oder eine elektronische Abfrage des Einwohnerregisters (vgl. § 119 GOG) beschränkt hätte und daher ohne weiteres zumutbar gewesen wäre. Die Voraussetzungen für eine Publikation der Vorladung im kantonalen Amtsblatt waren demnach nicht erfüllt.

#### **E. 3.4**

Soweit die Gesuchstellerin geltend macht, aufgrund des Mitverschuldens des Gesuchsgegners dürfe die fehlerhafte Vorladung nicht zur Nichtigkeit des angefochtenen Entscheids führen, kann ihr nicht gefolgt werden. Inwiefern der Gesuchsgegner zu verantworten haben sollte, dass die Vorinstanz die ihr zumutbaren Abklärungen bezüglich seiner neuen Wohnadresse unterliess, ist weder dargetan noch ersichtlich. Relevant wäre einzig, wenn der Mangel geheilt worden wäre, indem der Gesuchsgegner anderweitig Kenntnis von der auf den 14. Oktober 2019 angesetzten Verhandlung erlangt hätte, was jedoch nicht der Fall war. Abgesehen davon bildet eine nicht gehörige Vorladung einen Nichtigkeitsgrund, was ohnehin von Amtes wegen zu beachten ist (BSK ZPO-Gschwend, Art. 141 N 10; BK ZPO-Frei, Art. 133 N 22; BGE 129 I 361 E. 2; ZR 112 [2013] Nr. 39).

#### **E. 3.5**

Zusammenfassend erweist sich der angefochtene Entscheid als nichtig, da die Vorladung des Gesuchsgegners per Publikation erfolgte, obwohl die Vorinstanz die ihr zumutbaren Möglichkeiten zur Ermittlung der Adresse des Gesuchsgegners nicht ausgeschöpft hatte.

III. 1. Die Entscheidgebür für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 und 2 lit. b GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. 2. Die Gesuchstellerin beantragt die Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheids, womit sie sich mit diesem identifiziert. Daher sind die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren nicht im Sinne von Art. 107 Abs. 2

- 9 - ZPO auf die Staatskasse zu nehmen, sondern der Gesuchstellerin als unterliegende Partei aufzuerlegen.

#### **E. 5**

Die Gesuchstellerin beantragt die Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Leistung eines Prozessbeitrags, eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (einschliesslich unentgeltliche Rechtsverteidigung, Urk. 43 S. 2). Diese Anträge begründet sie jedoch nicht (vgl. Urk. 43 S. 2 ff.), weshalb darauf nicht einzutreten ist (BGer 5A\_205/2015 vom 22. Oktober 2015, E. 5.2 mit Hinweisen). Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.