

ZH_OBERGERICHT LF160059 vom 22. Dezember 2016

ZH Obergericht, 2016-12-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF160059

FR: ZH_OBERGERICHT LF160059 du 22 décembre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LF160059 del 22 dicembre 2016

Erwägungen

E. 1

a) D._____ (Beklagter 1), E._____ (Beklagte 2), F._____ (Beklagter 3), G._____ (Beklagte 4), H._____ (Beklagter 5), I._____ (Beklagte 6), J._____ (Beklagter 7), K._____ (Beklagte 8), L._____ (Beklagte 9), M._____ (Beklagter 10), N._____ (Beklagte 11), O._____ (Beklagter 12), P._____ (Beklagter 13), B._____ (Beklagte 14 und Berufungsklägerin 2), A._____ (Beklagte 15 und Berufungsklägerin 1), Q._____ (Beklagte 16), R._____ (Beklagte 17), S._____ (Beklagte 18), T._____ (Beklagter 19), U._____ (Beklagte 20) und V._____ (Beklagte 21) liessen sich nach Darstellung der Stadt Winterthur (Klägerin und Berufungsbeklagte) am 17. Juli 2015 ohne deren Einwilligung auf dem Areal W._____ (Grundstück Kat.-Nr. .../...) neben dem Campingplatz am W._____ nieder (vgl. act. 18 S. 5). Mit Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 2. Oktober 2015 (act. 18) wurden die Beklagten verpflichtet, das Grundstück Kat.-Nr. .../... am C._____ -Weg in Winterthur unverzüglich und vollständig zu räumen und zu verlassen (Dispositiv Ziffer 1). Weiter wurde den Beklagten verboten, sich auf einem Grundstück der Klägerin ohne vorgängige Bewilligung der Klägerin niederzulassen und ihre Fahrzeuge und Einrichtungen abzustellen (Dispositiv Ziffer 2). Gegen diesen Entscheid erhoben die Beklagten 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 16 und 17 Berufung. Das Obergericht erledigte das Berufungsverfahren mit Beschluss und Urteil vom 20. Juni 2016 (act. 23=act. 27/24). b) Mit Schreiben vom 15. September 2016 (Poststempel 21. September 2016) wandte sich A._____ (Berufungsklägerin 1) an das Obergericht und verlangte die Revision des Entscheides des Bezirksgerichtes Winterthur vom 2. Oktober 2015 und des Entscheides des Obergerichtes vom 20. Juni 2016 (act. 20). Das Revisionsgesuch von B._____ (Berufungsklägerin 2) bezüglich dieser Entscheide ging am 28. September 2016 beim Bezirksgericht Winterthur ein (act. 27/20). Dieses leitete die Eingabe am 3. Oktober 2016 an das Obergericht weiter (act. 27/22). Das Obergericht nahm in der Folge die Eingabe der Berufungsklägerin 1 als Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid entgegen und legte das Verfahren unter der Geschäfts-Nr. LF160059 an. Auch die Rechtsschrift der Berufungsklägerin 2 wurde als Berufung entgegen genommen und das Verfahren unter der Geschäfts-Nr. LF160066 angelegt. In beiden Verfahren wurde der Berufungsbeklagten Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Verfügung vom 19. Oktober 2016, act. 24 bzw. act. 27/25), wobei diese in der Folge darauf verzichtete (act. 26 bzw. act. 27/27).

E. 2

a) Beide Berufungsklägerinnen fechten das gleiche vorinstanzliche Urteil vom 2. Oktober 2015 des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur an (LF160059 act. 19; LF160066 act. 27/19). Wie bereits erwähnt hat das Obergericht mit Beschluss und Urteil vom 20. Juni 2016 (act. 23 = act. 27/24) in der gleichen Sache gegen

andere Be- klagte einen Entscheid gefällt. Beide Berufungsklägerinnen machten geltend, das Urteil der Vorinstanz sei mangels korrekter Zustellung der Gerichtsurkunden an sie nichtig. Zur Vereinfachung des Verfahrens sind die beiden Verfahren zu vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO). Das Geschäft LF160066 (Berufung von B. _____) ist mit dem vorliegenden Geschäft LF160059 (Berufung von A. _____) zu vereinigen und unter der Nr. LF160059 weiterzuführen. Das Geschäft LF160066 ist als dadurch erledigt abzuschreiben. b) Entsprechend den Angaben in der Berufungsschrift zu den Personalien (act. 27/20) ist im Rubrum der Vorname der Berufungsklägerin 2 von B'. _____ auf B. _____ abzuändern.

E. 3

a) Nach Eingang der Eingabe der Stadt Winterthur betreffend Räumungsbefehl (act. 1) setzte die Vorinstanz den 21 Beklagten mit Verfügung vom 28. Juli 2015 eine Frist zur Stellungnahme zum Ausweisungsbegehren an (act. 4). Obwohl, bis auf die hier nicht interessierenden Beklagten 4 und 12, alle Beklagten mit einer Wohnadresse auf dem Rubrum aufgeführt waren, ordnete die Vorinstanz für alle Beklagten die polizeiliche Zustellung dieser Verfügung an die Zustelladresse C. _____-Weg in ... Winterthur an und stellte ein entsprechendes Rechtshilfegesuch an die Stadtpolizei Winterthur

- 6 - (act. 4 Dispositiv Ziffer 4 i.V.m. act. 5). Die Verfügung konnte u.a. beiden Berufungsklägerinnen durch die Polizei an der betreffenden Örtlichkeit nicht zugestellt werden (act. 10). Die Vorinstanz publizierte ihnen (sowie weiteren Beklagten) gegenüber diese Verfügung am tt.mm.2015 im Amtsblatt unter Hinweis darauf, dass der Entscheid bei der Vorinstanz bezogen werden könne (act. 11). Die Zustellung des Endentscheides erfolgte gegenüber beiden Berufungsklägerinnen (und weiteren Beklagten) am tt.mm.2015 durch Publikation im Amtsblatt (act. 19 = act. 27/19 Dispositiv Ziffer 6 und act. 13). Für die Berufungsklägerinnen lief die Berufungsfrist somit am Montag, tt.mm.2015, ab. Die Berufungsklägerinnen haben nach ihrer Darstellung erst zu einem späteren Zeitpunkt – ausgelöst durch einen Zeitungsartikel des Landboten vom tt. Juli 2016, auf den sie per Zufall gestossen seien – von den Publikationen im Amtsblatt erfahren (act. 20 bzw. act. 27/20). Sie führten aus, sie fänden es unerhört, dass sie öffentlich erwähnt würden, ohne dass jemals ein Zustellversuch an ihre Meldeadresse erfolgt sei. Da sie daher erhebliche Tatsachen über sich erst im Nachhinein erfahren und vorher nie etwas vom ganzen Fall, Verfahren und Urteil gehört hätten, hätten sie auf das Urteil des Bezirksgerichtes nicht reagieren können (act. 20 S. 1 bzw. act. 27/20 S. 1-2). b) Ob ein Rechtsmittel rechtzeitig eingereicht worden ist, hängt davon ab, ob die Zustellung des Entscheides rechtmässig erfolgte und die Rechtsmittelfrist eingehalten wurde. Die Berufungsklägerinnen bestreiten die korrekte Zustellung des Endentscheides. Von der Rechtmässigkeit der Publikation des Entscheides vom 2. Oktober 2015 hängt sowohl die Zulässigkeit als auch die Begründetheit der Berufung ab. Eine solche zweifach erhebliche oder doppelt relevante Tatsache wird nur in einer Prüfungsstation untersucht. Die betroffene Zulässigkeitsvoraussetzung wird nicht geprüft, sofern sie – wie vorliegend – schlüssig behauptet wurde. Die Klärung der entsprechenden rechtlichen Frage erfolgt im Rahmen der materiellen Beurteilung, und es wird ein Sachentscheid gefällt

- 7 - (KUKO ZPO-Domej, 2. Aufl. 2014, Art. 60 N 6 f.; Hoffmann-Nowotny, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Zürich/St. Gallen 2016, N 83 ff., N 187 ff. und N 211 ff.; BGE 122 III 249; BGE 137 III 32 Erw. 2.3, BGer, 4A_31/2011 vom 11. März 2011, Erw. 2). In prozessualer Hinsicht ist somit nicht vorgängig zu prüfen, ob die Berufungsklägerinnen die Berufung rechtzeitig eingereicht

haben, sondern es ist ihnen gegenüber ein Sachentscheid zu fällen. Auf die Berufung ist deshalb einzutreten.

E. 4

Sinngemäss rügen die Berufungsklägerinnen ihr rechtliches Gehör sei verletzt worden. Aufgrund Recherchen, welche sie nach dem Presseartikel vom tt. Juli 2016 getätigt hätten, hätten sie von der Publikation des angefochtenen Ausweisungsentscheides und deren zu Grunde liegenden Verfahren erfahren. Vorgängig hätten sie nie etwas zugestellt bekommen. Die Zustellungen der Gerichtsunterlagen an sie seien nicht korrekt bzw. gar nicht erfolgt, obwohl sie über einen festen Wohnsitz, wo sie angemeldet seien, verfügt hätten (act. 20, act. 27/20).

E. 5

a) Das Gericht hat Vorladungen, Verfügungen und Entscheide sowie Eingaben der Gegenpartei den betroffenen Personen zuzustellen (Art. 136 ZPO). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Im Kanton Zürich fallen nebst der eingeschriebenen Postsendung insbesondere die Zustellung durch Angehörige des Gerichts, den Gemeindeammann oder die Polizei in Betracht (§ 121 Abs. 1 GOG). Die Zivilprozessordnung sieht in Art. 141 Abs. 1 auch die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt vor, nämlich dann, wenn der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann (lit. a), eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre (lit. b) oder eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat (lit. c). Vorliegend interessiert vor allem die Anwendbarkeit von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO. In der Regel

- 8 - darf erst von einer Unmöglichkeit ausgegangen werden, wenn entsprechende Versuche des Gerichts tatsächlich gescheitert sind, beispielsweise wenn der Zustellungsempfänger eine Zustellung vereitelt, indem er weder die eingeschriebene Postsendung abholt, noch zuhause persönlich angetroffen werden kann (KUKO ZPO-Weber, 2. Aufl. 2014, Art. 141 N 2; Lukas Huber, DIKE-Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 141 N 12 f.; BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, 2. Aufl. 2013, Art. 141 N 3). Es braucht drei formelle Versuche auf zwei verschiedenen Wegen damit von einer Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden darf (vgl. dazu OGerZH PF150044 vom 2. September 2015). Auch die Unzumutbarkeit der ordentlichen Zustellung, also wenn diese mit ausserordentlichen zeitlichen, personellen oder finanziellen Umständen verbunden wäre, muss sich konkret abzeichnen. Immerhin darf sich das Gericht in beiden Fällen auf allgemein- oder gerichtsnotorische Tatsachen stützen. In der Lehre werden als Beispiele Bürgerkriegswirren, eine gänzlich fehlende staatliche Struktur des Landes, die permanente Weiherung eines Regimes, Rechtshilfe zu leisten, oder der Umstand, dass Rechtshilfebegehren zwar entgegen genommen, aber in der Folge erst nach Jahren oder gar nicht bearbeitet werden, genannt (KUKO ZPO-Weber, 2. Aufl. 2014, Art. 141 N 2; ZK ZPO-Staehelin, 3. Aufl. 2016, Art. 141 N 2; BK ZPO-Frei, Art. 141 N 12; Lukas Huber, DIKE-Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 141 N 18; BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, 2. Aufl. 2013, Art. 141 N 3). Daraus erhellt, dass die Wahl der ordentlichen Zustellungsart durchaus im Ermessen des Gerichtes liegt. Die Publikation gestützt auf den Auffangtatbestand

gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO darf hingegen als ultima ratio nur zur Anwendung gelangen, wenn die genannten Voraussetzungen dafür erfüllt sind. b) Die Vorinstanz versuchte, wie bereits erwähnt, den beiden Berufungsklägerinnen die Verfügung vom 28. Juli 2015 samt Klageschrift zunächst mit Hilfe der Polizei am C.____-Weg in ... Winterthur zuzustellen. Aus den gescheiterten Zustellversuchen kann aber nicht geschlossen werden, dass eine ordentliche Zustellung an die Berufungsklägerinnen gänzlich unmöglich gewesen wäre. Daran ändert auch nichts, dass auf dem Polizeiposten die

- 9 - Verfügungen für die betreffenden Personen für ein paar Tage zur Einsicht aufgelegt wurden (vgl. act. 10 S. 10). Die Polizei hinterlässt im Gegensatz zur eingeschriebenen Postsendung dem Zustellungsempfänger nach erfolglosem Zustellversuch keinerlei Hinweise auf diesen. Trifft die Polizei den Zustellempfänger nicht an, muss davon ausgegangen werden, dass dieser auch keine Kenntnis des Zustellversuches hat, unabhängig davon, ob die Polizei letztlich nur einmal oder mehrere Male vor Ort war. Vor diesem Hintergrund kann nicht grundsätzlich angenommen werden, die Zustellempfänger hätten sich bewusst den – wenn auch wiederholten – Zustellungsversuchen durch die Polizei entzogen und die Zustellung dadurch unmöglich gemacht. Vor der Annahme der Unmöglichkeit der Zustellung hätte die Vorinstanz einen dritten formellen Zustellversuch auf einem anderen Weg als dem bisher gewählten vornehmen müssen. Die Berufungsklägerinnen wurden im Rubrum der Verfügung vom 28. Juli 2015 mit ihren Meldeadressen aufgeführt (vgl. act. 4). Damit wäre es nahe gelegen, eine postalische Zustellung an diese Meldeadressen zu versuchen. c) Nach dem oben Ausgeführten hätte demnach die Vorinstanz vor der Publikation der Zwischenverfügung vom 28. Juli 2015 und des Endentscheides weitere Arten der ordentlichen Zustellung an die Berufungsklägerinnen (erfolglos) versuchen müssen, damit die ordentliche Zustellung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO als unmöglich zu gelten hat. Es gibt nämlich keine Hinweise dafür, dass die Unmöglichkeit von Zustellungen an die Berufungsklägerinnen allgemein- oder richtsnotorisch ist bzw. dass die übrigen ordentlichen Zustellungsarten mit konkreten ausserordentlichen Umtrieben verbunden wären. Im Gegenteil muss zumindest die Vornahme zusätzlicher Zustellversuche mittels eingeschriebener Postsendung gegen Empfangsbestätigung angesichts der Meldeadresse der Berufungsklägerinnen in der Schweiz (vgl. Rubrum von act. 4) und unter Berücksichtigung des dabei verhältnismässig geringen administrativen, personellen und finanziellen Aufwandes als zumutbar und auch möglich erachtet werden. Aus diesen Gründen erweisen sich sowohl die Publikation der Verfügung vom 28. Juli 2015 als auch diejenige des Endentscheides vom 2. Oktober 2015 bezüglich der

- 10 - Berufungsklägerinnen als unzulässig. In der Folge gelten die beiden Entscheide mangels gehöriger Zustellung als nicht mitgeteilt und damit ungültig (BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, 2. Aufl. 2013, Art. 136 N 10). Sie entfalten keine Rechtswirkungen, was von Amtes wegen zu beachten ist (BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, 2. Aufl. 2013, Art. 136 N 10 und N 12 sowie Art. 138 N 26; BGE 116 Ia 215 Erw. 2, BGE 122 I 97 Erw. 3, BGE 127 II 32 Erw. 3g sowie BGE 137 I 273 Erw. 3.1 mit Verweisen auf weitere jüngere Entscheide). d) Grundsätzlich wäre eine fehlerhafte Zustellung des Endentscheides zu verbessern, indem die Zustellung zu wiederholen ist. Da den Berufungsklägerinnen jedoch bereits die Verfügung vom 28. Juli 2015 nicht zugestellt worden ist, sie deshalb am Verfahren, von welchem sie keine Kenntnis erhalten hatten, nicht teilnehmen konnten, ist das Urteil vom 2. Oktober 2015 mit einem derart

schwerwiegenden Verfahrensmangel behaftet, dass es nichtig erscheint (BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, 2. Aufl. 2013, Art. 138 N 26; BGE 129 I 361 Erw. 2.1 f.; BGer 5P.330/2005 vom 17. November 2005, BGE 137 I 273 Erw. 3.1 mit Verweisen auf weitere jüngere Entscheide).

E. 6

a) In Gutheissung der Berufungen ist deshalb auch bezüglich der beiden Berufungsklägerinnen die Nichtigkeit des Urteils vom 2. Oktober 2015 festzustellen. Grundsätzlich wäre die Sache zur erneuten Zustellung der Verfügung vom 28. Juli 2015 an die Berufungsklägerinnen und Wiederholung des weiteren Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei angesichts des nun bestehenden Prozessrechtsverhältnisses nach Art. 138 Abs. 3 ZPO verfahren werden könnte. b) Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war einerseits die Räumungsklage gegen alle Beklagten und andererseits der Erlass eines Verbotes gegenüber diesen Personen, sich auf einem städtischen Grundstück ohne Einwilligung niederzulassen und ihre Fahrzeuge sowie Einrichtungen abzustellen. Im Urteil vom 20. Juni 2016 gelangte das Obergericht zum Schluss, dass sich die Rechtsbegehren Ziff. 1 und Ziff. 2 der Berufungs-

- 11 - beklagten rechtlich als illiquid erweisen (act. 23 = act. 27/24 Erw. 13 c-d). Eine Rückweisung an die Vorinstanz hat unter diesen Umständen zu unterbleiben.

E. 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. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. I. Vourtsis-Müller versandt am: 23. Dezember 2016

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