

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE200054-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Kriech, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur.
M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss und Urteil vom 26. Oktober 2020

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

B._____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil und eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 22. September 2020 (EE200003-H)

Erwägungen:

1. a) Am 16. Januar 2020 reichte die Gesuchstellerin beim Bezirksgericht Pfäffikon (Vorinstanz) ein Eheschutzgesuch ein (Urk. 1). Anlässlich der Verhandlung vom 18. Mai 2020 erklärte der Gesuchsteller, sich auch eine Rechtsvertretung suchen zu wollen; die Gesuchstellerin war mit einer Nachholung der Verhandlung einverstanden (Vi-Prot. S. 6 f.). Nachdem der Gesuchsgegner keine Rechtsvertretung bezeichnete, wurde ihm hierzu mit Verfügung vom 2. Juni 2020 eine Frist angesetzt (Urk. 19). Der Gesuchsgegner holte diese wie auch die Vorladung zur Verhandlung vom 28. Juli 2020 (Urk. 22) nicht ab (Urk. 21 und 24). Zur Verhandlung vom 28. Juli 2020 erschien der Gesuchsgegner nicht (Vi-Prot. S. 9). Mit Verfügung vom 22. September 2020 schrieb die Vorinstanz das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege infolge Gegenstandslosigkeit ab und bestellte der Gesuchstellerin Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin. Mit ihrem Urteil vom 22. September 2020 erkannte die Vorinstanz (Urk. 31 = Urk. 35):

1. Es wird festgehalten, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind.
2. Die Obhut über den Sohn C. _____, geboren am tt.mm 2017, wird der Gesuchstellerin zugeteilt.
3. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, den Sohn C. _____, geboren am tt.mm 2017, in den geraden Kalenderwochen (d.h. jedes zweite Wochenende) am Samstag, 12.00 Uhr bis 14.00 Uhr, im Beisein der Gesuchstellerin, zu besuchen.
4. Die eheliche Wohnung an der D. _____-Strasse 1, E. _____ [Ortschaft] wird, inkl. Hausrat und Mobiliar, für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin und dem Sohn zur alleinigen Benützung zugewiesen.
Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin sämtliche sich noch in seinem Besitz befindliche Schlüssel zur ehelichen Wohnung auszuhändigen.
Der Gesuchsgegner wird zudem verpflichtet, der Gesuchstellerin ihren Schmuck (Verlobungsring, den Ehering, das Collier und das Armband) auszuhändigen.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für C. _____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 1'235.- zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Juni 2019.
6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sich persönlich Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 361.- zu bezahlen; zahl-

bar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Juni 2019.

7. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Anordnung der Gütertrennung wird abgewiesen.
8. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'100.- ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 487.50 Dolmetscherkosten (Fr. 255.- + Fr. 232.50.-)
Fr. 2'587.50 Total
Die Kosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
9. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'400.- zu bezahlen (zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer).
10. [Schriftliche Mitteilungen]
11. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Friststillstand]

b) Hiergegen erhob der Gesuchsgegner am 16. Oktober 2020 fristgerecht (vgl. Urk. 32/2) Berufung mit dem Berufungsantrag (Urk. 34):

"Ich beantrage die Berichtigung des Urteils und Verfügung vom 22.09.2020 und die Möglichkeit, auch meine Position anwaltlich vertreten zu lassen.

Ich bin mit dem Inhalt des Urteils und Verfügung vom 22.09.2020 grösstenteils nicht einverstanden und möchte einige Punkte klarstellen. Auch die Besuchsregelung ist zu überdenken, ich möchte meinen Sohn öfters sehen."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und/oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Vorab aber muss die Berufungsschrift konkrete Anträge enthalten, worauf schon in der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung (Urk. 35 S. 21) hingewiesen wurde. Aus diesen Anträgen muss eindeutig hervorgehen, in welchem Umfang der vorinstanzliche Entscheid angefochten wird und wie der Entscheid stattdessen zu lauten hätte. Es muss aus den Anträgen klar werden, was genau mit der Berufung erreicht werden will. Aus dem Verbot von überspitztem Formalismus ergibt sich zwar, dass auf eine Berufung mit formell mangelhaften Anträgen ausnahmsweise trotzdem einzutreten ist, wenn sich aus der Berufungsbegründung (allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid) ergibt, was zugesprochen werden

soll. Ergeben sich jedoch auch unter Berücksichtigung der Begründung keine genügenden Berufungsanträge, ist auf die Berufung ohne Ansetzung einer Nachfrist nicht einzutreten (vgl. zum Ganzen BGE 137 III 617).

b) Die Berufungsschrift des Gesuchsgegners erfüllt diese formellen Anforderungen nicht. Aus dem von ihm gestellten Berufungsantrag (vgl. oben Erwägung 1.b) wird nicht klar, was genau der Gesuchsgegner mit seiner Berufung erreichen will. Es bleibt – auch unter Einbezug der Begründung – schon offen, welche Punkte des vorinstanzlichen Urteils überhaupt angefochten werden sollen. Aufgrund des Vorbringens, dass er den Sohn öfters sehen wolle, könnte vermutet werden, dass Dispositiv-Ziffern 1 (Feststellung der Berechtigung zum Getrenntleben) und 2 (Obhutszuteilung) eher nicht angefochten seien; sicher ist dies jedoch keineswegs (der Gesuchsgegner will seine "Position" anwaltlich vertreten lassen und macht hierzu keine Einschränkungen; auch ist er mit dem Entscheid "grössenteils" nicht einverstanden). Aufgrund des Wunsches, den Sohn öfters zu sehen, ist sodann zwar klar, dass Dispositiv-Ziffer 3 (Festsetzung des Besuchsrechts) angefochten ist, doch bleibt auch hier offen, welches konkrete Besuchsrecht der Gesuchsgegner mit der Berufung erreichen will (im Übrigen enthält die Berufung auch kein Wort der Begründung hierzu). Und völlig offen bleibt schliesslich, ob die vorinstanzliche Dispositiv-Ziffer 4 (Zuweisung der ehelichen Wohnung samt Schlüsselherausgabe und Herausgabepflicht für den Schmuck der Gesuchstellerin) und insbesondere Ziffern 5 und 6 (Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen) angefochten werden.

c) Allerdings genügt ein (auch nur sinngemäss gestellter) Aufhebungs- und Rückweisungsantrag, wenn eine Verletzung des rechtlichen Gehörs in seinem Teilgehalt des Anhörungsrechts gerügt wird. Der Gesuchsgegner macht unter Hinweis auf Erwägung I/4 des angefochtenen Entscheids geltend, es treffe nicht zu, dass ihm eine Vorladung für die Verhandlung vom 28. Juli 2020 zugeschickt worden sei und er die eingeschriebene Sendung nicht abgeholt habe. Er habe weder eine Vorladung per Post noch eine Abholungseinladung der Post erhalten, weshalb er von der Verhandlung am 28. Juli 2020 keine Kenntnis gehabt

habe. Er ersuche um die Möglichkeit, auch seine Position (anwaltlich) vertreten zu lassen (Urk. 34).

Der Gesuchsgegner musste mit einer Zustellung von Gerichtsurkunden rechnen (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO), da er vom Verfahren Kenntnis hatte (Vi-Prot. S. 6, Urk. 8/1, Urk. 15/1). Gemäss Sendungsinformationen der Post wurde die fragliche Sendung mit der Vorladung zur Verhandlung vom 28. Juli 2020 dem Gesuchsteller am 7. Juli 2020 zu Abholung gemeldet (Frist bis 14. Juli 2020) und nach Ablauf der Frist mit Vermerk "Nicht abholt" an die Vorinstanz retourniert, worauf ihm die Vorladung mit A-Post zugesandt wurde (Urk. 24). Der Gesuchsteller hatte bereits die Sendung mit der Verfügung vom 2. Juni 2020 (worin ihm Frist angesetzt wurde, um eine anwaltliche Vertretung zu mandatieren) nicht abgeholt (Urk. 19, Urk. 21).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt bei eingeschriebenen Postsendungen eine widerlegbare Vermutung, dass der oder die Postangestellte den Avis (Abholungseinladung) ordnungsgemäss in den Briefkasten oder in das Postfach des Empfängers gelegt hat und das Zustellungsdatum korrekt registriert worden ist. Es findet in diesem Fall eine Umkehr der Beweislast in dem Sinne statt, als bei Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten des Empfängers ausfällt, der den Erhalt der Abholungseinladung bestreitet. Diese Vermutung kann durch den Gegenbeweis umgestossen werden. Sie gilt so lange, als der Empfänger nicht den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung erbringt. Da der Nichtzugang einer Abholungseinladung eine negative Tatsache ist, kann dafür naturgemäss kaum je der volle Beweis erbracht werden. Die immer bestehende Möglichkeit von Fehlern bei der Poststelle genügt nicht, um die Vermutung zu widerlegen. Vielmehr müssen konkrete Anzeichen für einen Fehler vorhanden sein (BGE 142 IV 201 E. 2.3 S. 204 f. mit Hinweisen). Lehre und Rechtsprechung sprechen in diesem Zusammenhang auch von einer natürlichen Vermutung der ordnungsgemässen Ablage in den Briefkasten. Natürliche Vermutungen dienen der Beweiserleichterung, haben aber keine Umkehr der Beweislast zur Folge. Sie können bereits durch den Gegenbeweis erschüttert

werden (BGer 5A_98/2011 vom 3. März 2011, E. 2.3; BSK BGG-Amstutz/Arnold, Art. 44 N 31; BK ZPO-Frei, Art. 138 N 28).

Mit der pauschalen Behauptung, er habe keine Vorladung bzw. keinen Avis der Post erhalten, vermag der Gesuchsgegner keine konkreten Anzeichen für einen Zustellungsfehler der Post glaubhaft zu machen, weshalb von einer ordnungsgemässen Vorladung zur Verhandlung vom 28. Juli 2020 auszugehen ist. Da der Gesuchsgegner nicht zur Verhandlung erschien (Vi-Prot. S. 9), gilt er als säumig. In der Vorladung vom 6. Juli 2020 wurde auf die Säumnisfolgen hingewiesen (Urk. 22). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Gesuchsgegners liegt nicht vor.

d) Nach dem Gesagten ist die Berufung des Gesuchsgegners abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

3. a) Für das Berufungsverfahren ist von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b, § 10 Abs. 1 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 1'200.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Der Gesuchsgegner hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 34). Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO). Die Berufung ist jedoch als aussichtslos anzusehen (vgl. oben Erwägung 2), weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist.

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

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit dem nachstehenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von Urk. 34 und 36/1-4, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 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, 26. Oktober 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
rl