

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RC180001-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr.: RC180002-O

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Urteil vom 15. Januar 2019

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Beiständin C. _____

vertreten durch lic. iur. Y. _____

sowie

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Zürich

betreffend **Vaterschaft und Unterhalt (Frist Begründung) und unentgeltliche Rechtspflege**

Beschwerden gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 7. September 2018 (FP070281-L)

Erwägungen:

1.1 Mit unbegründetem Urteil vom 10. Dezember 2007 stellte die Vorinstanz die Vaterschaft des Beklagten und Beschwerdeführers (fortan Beklagter) zur Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) fest. Sodann verpflichtete sie den Beklagten zur Zahlung von monatlichen, der Indexierung unterliegenden Unterhaltsbeiträgen (Urk. 14 S. 3 ff.). Mit Schreiben vom 23. August 2018 ersuchte der Beklagte um Begründung des genannten Urteils sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 18). Mit Verfügung vom 7. September 2018 wies die Vorinstanz sowohl das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als auch das Gesuch um Begründung des besagten Urteils ab (Urk. 22 = Urk. 2).

1.2 Hiergegen erhob der Beklagte mit Schreiben vom 18. September 2018 (Datum Poststempel: 19. September 2018, eingegangen am 20. September 2018) innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgericht[s] Zürich vom 7. September 2018 aufzuheben und es sei die Vorinstanz anzuweisen, das Urteil vom 10. Dezember 2007 zu begründen; eventualiter sei die Frist nach Dispositivziffer 8 des Urteils vom 10. Dezember 2007 wiederherzustellen.
2. Es sei dem Beschwerdeführer für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung sowie in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu gewähren.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt.) zu Lasten der unterliegenden Partei."

Sodann stellte der Beklagte folgende prozessualen Anträge (Urk. 1 S. 2):

"Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung sowie in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu gewähren.

Es sei von einem Kostenvorschuss abzusehen."

Für die Beschwerde gegen die Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde ein separates Verfahren angelegt (RC180002-O).

2.1 Da das Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ein solches zwischen der gesuchstellenden Partei und dem Staat ist, richtet sich die Beschwerde gegen einen die unentgeltliche Rechtspflege abweisenden Entscheid gegen den Kanton (vgl. BGE 140 III 501 E. 4.1.2; BGE 139 III 334 E. 4.2). Vorliegend rechtfertigt sich eine Vereinigung der beiden Verfahren, da sich deren Themen grösstenteils überschneiden (so ist die Frage der Aussichtslosigkeit des gestellten Gesuchs eng mit der Frage verbunden, ob die Vorinstanz das Gesuch des Beklagten um Begründung des Urteils des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 10. Dezember 2007 zu Recht oder zu Unrecht abgewiesen hat). Entsprechend ist das Beschwerdeverfahren RC180002-O mit dem vorliegenden Beschwerdeverfahren zu vereinigen, unter der Prozessnummer RC180001-O weiterzuführen und als dadurch erledigt abzuschreiben. Die Akten des Verfahrens RC180002-O werden als Urk. 12/1-6 zu den Akten des vorliegenden Prozesses genommen.

2.2 Das Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 10. Dezember 2007 erging unter der kantonalen Prozessordnung, so dass zur Beurteilung der Frage, ob das genannte Urteil rechtsgültig zugestellt worden ist, diese Bestimmungen heranzuziehen sind (ZPO/ZH und GVG/ZH).

3. Vorliegend ist von folgendem unbestrittenen Sachverhalt auszugehen (Urk. 1 S. 4): Am 14. September 2007 wurde der Beklagte auf den 4. Oktober 2007 zur Schlichtungsverhandlung betreffend Vaterschaft und Unterhalt vorgeladen. Die Vorladung wurde an die "D._____-gasse ..., E._____" gesandt und vom

Beklagten am 17. September 2007 in Empfang genommen (Urk. 6/21/5). Am 12. Oktober 2007 reichte die Klägerin unter Beilage der Weisung des Friedensrichteramtes F._____, vom 5. Oktober 2007 Klage bei der Vorinstanz ein (Urk. 6/2). In der Folge lud die Vorinstanz die Parteien mit Verfügung vom 22. Oktober 2007 zur Hauptverhandlung auf den 10. Dezember 2007 vor (Urk. 6/7/1-3). Diese Vorladung sandte sie dem Beklagten an die Adresse "D._____-gasse ..., E._____" (Urk. 6/7/2). Der Beklagte holte sie jedoch nicht ab (Urk. 6/9/1). Dasselbe geschah mit der 2. Zustellung (Urk. 6/9/2). In der Folge wurde die Vorladung am 30. November 2007 im Amtsblatt des Kantons Zürich publiziert (Urk. 6/10; Urk. 6/11). Am 10. Dezember 2007 fand die Hauptverhandlung statt, zu welcher der Beklagte nicht erschien (Prot. I S. 3). Gleichentags erging das unbegründete Urteil, welches dem Beklagten wiederum an die Adresse "D._____-gasse ..., E._____" gesandt wurde (Urk. 6/17). Nachdem der Beklagte die Sendung wiederum nicht abholte, nahm die Vorinstanz erneut eine 2. Zustellung vor (Urk. 6/17). Auch diese Sendung holte der Beklagte nicht ab (Urk. 6/17).

4.1 Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass dem Beklagten das Urteil vom 10. Dezember 2007 rechtsgültig zugestellt worden sei. Dies begründete sie wie folgt: Das Friedensrichteramt F._____, habe den Beklagten am 14. September 2007 zu einer Sühnverhandlung vorgeladen. Diese Vorladung sei an dessen Adresse an der "D._____-gasse ..., E._____" gesandt worden. Der Beklagte habe diese am 17. September 2007 tatsächlich entgegengenommen. Damit sei dem Beklagten klar gewesen, dass ein Prozess gegen ihn laufe, weshalb dadurch ein Prozessrechtsverhältnis begründet worden sei. Dieses habe den Beklagten verpflichtet, dafür zu sorgen, dass Vorladungen und Entscheide an ihn zugestellt werden könnten. Der Beklagte habe das Urteil vom 10. Dezember 2007 nicht abgeholt. Dadurch habe er die Zustellung schuldhaft verhindert. Demgemäss gelte das Urteil nach § 179 Abs. 2 GVG als zugestellt, und die in Dispositivziffer 8 desselben erwähnte Frist habe am 18. Januar 2008 zu laufen angefangen. Entsprechend sei das mit Eingabe vom 23. August 2018 gestellte Gesuch um Begründung des Urteils verspätet (Urk. 2 S. 2 f.).

4.2 Der Beklagte beanstandet dies. Seiner Ansicht nach begann die Frist zum Verlangen einer Begründung nämlich erst am 20. August 2018, da er erst

dann Kenntnis vom Urteil vom 10. Dezember 2007 erlangt habe. Gegen die Annahme der Vorinstanz, das Urteil sei rechtsgültig eröffnet worden, bringt er Folgendes vor (Urk. 1 S. 4 ff.):

- Durch die Zustellung der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung sei kein Prozessrechtsverhältnis hinsichtlich des Verfahrens vor der Vorinstanz begründet worden, da erst mit Einreichen der Weisung beim Gericht die Rechtshängigkeit begründet worden sei (§ 101 ZPO/ZH und § 102 ZPO/ZH). Damit habe der Beklagte bei Entgegennahme der Vorladung zur Sühnverhandlung nicht davon ausgehen müssen, dass im Anschluss ein ordentliches Verfahren eingeleitet werde. Zum anderen zeige das Verhalten der Vorinstanz, dass diese selber nicht von einem Prozessrechtsverhältnis ausgegangen sei, da sie nach der ersten Zustellung eine zweite vorgenommen und die Vorladung schliesslich publiziert habe. Dies hätte sie sicherlich nicht getan, wenn sie von einer rechtmässigen ersten Zustellung ausgegangen wäre, ansonsten ja ein einmaliger Zustellungsversuch gereicht hätte (Urk. 1 S. 4 f.).

- Das Prozessrechtsverhältnis sei auch nicht durch die Ediktalzustellung entstanden, da die Vorinstanz keine weiteren sachdienlichen Nachforschungen angestellt und damit nicht alles Zumutbare unternommen habe, um eine effektive Zustellung zu ermöglichen. So habe sie keinen Zustellungsversuch via Gemeindegammann, durch die Polizei oder eine Hilfsperson des Gerichts vorgenommen. Ebenso wenig habe sie versucht, den Beklagten telefonisch oder elektronisch über eine anstehende Zustellung zu informieren. Damit sei die Ediktalzustellung nicht zulässig gewesen. Schliesslich habe die Vorinstanz die Vorladung im Amtsblatt des Kantons Zürich publiziert, obschon sie davon habe ausgehen müssen, dass der Beklagte im Kanton St. Gallen lebe. Sie hätte die Vorladung im Amtsblatt des Kantons St. Gallen oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt publizieren müssen. Indem sie dies nicht getan habe, habe sie die Nichtkenntnisnahme der Publikation durch den Beklagten in Kauf genommen und dementsprechend rechtswidrig gehandelt. Gegen ein derart entstandenes Prozessrechtsverhältnis spreche auch die zweimalige Zustellung des Urteils vom 10. Dezember 2007 durch die Vorinstanz. Wäre tatsächlich ein Prozessrechtsverhältnis entstanden, hätte eine einmalige Zustellung genügt (Urk. 1 S. 5 f.).

Schliesslich bringt der Beklagte vor, dass das Urteil der Vorinstanz vom 10. Dezember 2007 weder im Amtsblatt des Kantons Zürich noch in demjenigen des Kantons St. Gallen publiziert worden sei. Entsprechend sei es nicht rechtsgültig zugestellt worden (Urk. 1 S. 6).

5.1 Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

5.2.1 Die Ansicht des Beklagten, wonach er nicht mit einem Gerichtsverfahren habe rechnen müssen, weil – unter kantonalem Prozessrecht – erst die Einreichung der Weisung bei Gericht die Rechtshängigkeit der Klage bewirkt habe, trifft so nicht zu: Nach Lehre und Rechtsprechung muss eine Partei insbesondere nach einem gescheiterten Sühnversuch mit einem Gerichtsverfahren rechnen. Konkret bedeutet dies, dass eine Partei damit rechnen kann und muss, vom ordentlichen Richter vorgeladen zu werden, nachdem ein durchgeführter Sühnversuch gescheitert ist. Entsprechend hat die betreffende Partei gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben dafür besorgt zu sein, dass eine Zustellung trotz Abwesenheit erfolgen kann (BGer 4P.30/2007 vom 13. März 2007, E. 5.3, mit Verweis auf BGE 130 III 396 E. 1.2.3; OGer LA110044 vom 19.7.2013, E. 4.2, S. 6; BK ZPO-Frei, Art. 138 N 24 ff.). Diese Rechtsprechung galt – wie das zitierte Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahre 2007 zeigt – bereits unter früherem Prozessrecht. Der vorliegende Fall ist denn auch nicht mit dem vom Beklagten zitierten Bundesgerichtsurteil vergleichbar, wonach der Schuldner allein aufgrund der Zustellung eines Zahlungsbefehls bzw. des dagegen erhobenen Rechtsvorschlags noch nicht mit einem Rechtsöffnungsverfahren bzw. mit der Zustellung gerichtlicher Verfügungen rechnen muss (BGE 130 III 396 E. 1.2.3). Dies geht ebenso aus dem vorangehend zitierten Urteil des Bundesgerichts vom 13. März 2007 hervor, welches BGE 130 III 396 berücksichtigt. Wie ausgeführt, blieb unbestritten, dass der Beklagte die Vorladung zur Schlichtungsverhandlung in Empfang genommen hat. Nachdem er selber an der Schlichtungsverhandlung nicht teilgenommen hatte, musste er damit rechnen, dass der Klägerin die Weisung ausgestellt werde und ihm hernach ein Gerichtsverfahren droht. Damit aber hätte

er mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen müssen; die Zustellfiktion greift auch in diesem Falle. Entsprechend kann er hieraus nichts zu seinen Gunsten ableiten.

5.2.2 Entgegen der Ansicht des Beklagten kann er auch nichts aus dem Umstand gewinnen, dass die Vorinstanz zweimal versucht hatte, ihm die Vorladung zur Verhandlung am 10. Dezember 2007 zuzustellen: Dies entspricht § 179 Abs. 1 GVG/ZH, wonach die Zustellung wiederholt wird, wenn die Vorladung nicht zugestellt werden kann.

5.2.3 Unter dem kantonalen Prozessrecht galt die Vorladung als zugestellt, wenn der Adressat die Zustellung schuldhaft verhindert hat (§179 Abs. 2 GVG/ZH). Dabei wurde unter der Praxis des damals geltenden kantonalen Prozessrechts eine schuldhafte Verhinderung der Zustellung dann angenommen, wenn der Adressat der Zustellung auswich oder ein Verhalten an den Tag legte, aus dem auf eine Annahmeverweigerung geschlossen werden musste, so z.B. wenn er zweimal versäumte, eine an seine ordnungsgemässe Adresse gerichtete Vorladung trotz Abholungseinladung auf der Post abzuholen. So hat derjenige, der mit einem Gerichtsverfahren rechnen muss, dafür zu sorgen, dass ihm die Post zugestellt werden kann. Versäumt er dies, so ist das Gericht nicht verpflichtet, nach zwei erfolglosen Zustellungsversuchen weitere Zustellungen vorzunehmen (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 179 N 8 ff. mit Verweis auf ZR 76 Nr. 9). Wenn der Adressat der Sendung behauptet, die Erfüllung der Abholungspflicht sei ihm unmöglich gewesen, so hat er dies durch Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe zu beweisen. Kann er aus irgendwelchen Gründen während einer gewissen Zeit Zustellungen nicht selbst entgegennehmen oder Abholungseinladungen nicht Folge leisten, so hat er Vorkehren zu treffen, dass die Sendungen ihn trotzdem erreichen. Unterlässt er dies, so verhindert er die Abholung schuldhaft (Hauser/Schweri, a.a.O., § 179 N 12 mit Verweis auf ZR 98 Nr. 18 E. 3g). Weder machte der Beklagte vorliegend geltend, im besagten Zeitpunkt der zweimaligen Zustellung nicht an der "D.____-gasse ... in E.____" wohnhaft gewesen zu sein, noch bringt er irgendwelche Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe vor, die beweisen würden, dass er die Zustellung nicht schuldhaft verhindert hat. Da er – wie ausgeführt – nach Erhalt der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung mit einem Ge-

richtsverfahren rechnen musste, traf ihn die prozessuale Pflicht, eine an seine ordnungsgemässe Adresse gerichtete Vorladung abzuholen. Entsprechend ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass er vom Verfahren Kenntnis hatte. Wenn die Vorinstanz in der Folge ohne Rechtspflicht die Vorladung publizierte, kann der Beklagte daraus nicht mehr Rechte ableiten, als ihm zustehen. Damit kann offenbleiben, ob die Vorinstanz verpflichtet gewesen wäre, im Amtsblatt des Wohnsitzkantons des Beklagten zu publizieren. Damit hat es sein Bewenden.

5.2.4 Entsprechend erweist sich diese Beschwerde als offensichtlich unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen.

6.1 Die Vorinstanz wies das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit der Begründung ab, das Gesuch um Begründung des Urteils des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 10. Dezember 2007 sei verspätet gestellt worden. Zudem sei der Prozess bereits beendet (Urk. 2 S. 3). Entsprechend wies die Vorinstanz das Gesuch massgeblich zufolge Aussichtslosigkeit ab.

6.2 Dagegen bringt der Beklagte lediglich vor, dass das Begründungsgesuch fristgerecht erfolgt sei, weshalb der Entscheid aufzuheben und ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren sei (Urk. 1 S. 7).

6.3 Nach dem Gesagten ist dem gerade nicht so, weshalb es beim diesbezüglichen vorinstanzlichen Entscheid bleibt. Diese Beschwerde ist ebenso abzuweisen.

7.1 Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG und § 9 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzen. Diese ist ausgangsgemäss dem unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

7.2 Der Beklagte hat für das Rechtsmittelverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt. Dieses ist zufolge Aussichtslosigkeit der Beschwerden abzuweisen (vgl. Erwägungen hiavor, Art. 117 lit. b ZPO).

7.3 Der Klägerin ist mangels relevanter Umtriebe für das Beschwerdeverfahren und dem Beklagten zufolge seines Unterliegens keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO; Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren RC180002-O wird mit dem vorliegenden Beschwerdeverfahren vereinigt, unter der Prozessnummer RC180001-O weitergeführt und als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerden werden abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage je einer Kopie der Urk. 1, Urk. 4 und Urk. 5/3-7, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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, 15. Januar 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
bz