



Fall-Nr.:	FS.2022.24-EZE2
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	24.01.2023
Entscheiddatum:	17.10.2022

Entscheid Kantonsgericht, 17.10.2022

Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, Art. 298 Abs. 1 ZPO: Die Zustellfiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt nur dann, wenn die Empfängerin sichere Kenntnis vom Gerichtsverfahren hat. Hat sie keine sichere Kenntnis und erscheint sie nicht zur Hauptverhandlung, darf diese nicht durchgeführt werden. Die Anhörung der Kinder in einem anderen Zusammenhang durch die KESB ersetzt die Anhörung durch das Gericht in der Regel nicht (Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 17. Oktober 2022, FS.2022.24-EZE2).

Erwägungen

I.

1. A. (Ehemann, Vater) und B. (Ehefrau, Mutter) sind seit 1997 miteinander verheiratet. Sie sind Eltern von C., geb. 2002, D., geb. 2011, und E., geb. 2016.

2. Mit Gesuch vom DD.MM.2022 beantragte A. den Erlass von Eheschutzmassnahmen. Die Hauptverhandlung fand am DD.MM.2022 statt, zu der nur A. in Begleitung seiner Rechtsanwältin erschien. Am gleichen Tag erliess die vorinstanzliche Familienrichterin folgenden Entscheid:

1. Es wird festgestellt, dass A. berechtigt ist, von B. getrennt zu leben.



2. Die eheliche Wohnung an der in Y. inklusive Mobiliar und Hausrat wird A. zur alleinigen Benützung zugewiesen.

3. B. wird befohlen, die eheliche Wohnung in Y. innert 20 Tagen unter Mitnahme ihrer persönlichen Effekten und gleichzeitiger Abgabe der Haus- und Briefkastenschlüssel zu verlassen.

4. Sollte B. dem Gebot in Ziffer 3 nicht fristgerecht nachkommen, ist A. berechtigt, B. ab dem DD.MM.2022 den Zutritt zur ehelichen Wohnung zu verwehren und B. die Haus- und Briefkastenschlüssel direkt wegzunehmen, nötigenfalls unter Beizug der Polizei.

5. Die Kinder D. und E. werden in die alleinige Obhut von A. gestellt, bei welchem die Kinder ihren Wohnsitz haben.

6. B. betreut die Kinder D. und E. an jedem Wochenende der geraden Kalenderwochen von Freitagabend, 19.00 Uhr, bis Sonntagabend, 19.00 Uhr. In der übrigen Zeit werden die Kinder von A. betreut.

Die Betreuung durch die Mutter B. beginnt, sobald die Mutter über eine eigene Wohnung mit angemessener Schlafmöglichkeit für die Kinder verfügt.



7. B. wird verpflichtet, A. für den Barunterhalt von D. und E. einen monatlichen und vorauszahlbaren Beitrag von je CHF 400.00 zu bezahlen, mit Wirkung ab dem Auszug von B. aus der ehelichen Wohnung resp. spätestens ab dem DD.MM. 2022.

8. Die Gerichtskosten von CHF 1'500.00 werden A. und B. je zur Hälfte auferlegt. Der hälftige Anteil von A. von CHF 750.00 wird zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege vorderhand vom Staat getragen.

9. A. und B. tragen ihre Parteikosten je selber.

10. Rechtsanwältin X. hat für die unentgeltliche Rechtsvertretung von A. gegenüber dem Staat einen Entschädigungsanspruch von CHF 1'919.35.

3. Gegen den B. am DD.MM.2022 in begründeter Form zugestellten Entscheid erhob diese am DD.MM.2022 Berufung mit folgenden Anträgen:

1. Der Entscheid des Kreisgerichts Z. vom DD.MM.2022 sei aufzuheben bzw. dessen Nichtigkeit sei festzustellen.

2. Das Verfahren sei an das Familienkreisgericht Z. zur neuen Beurteilung zurückzuweisen.

3. Eventualiter sei der Entscheid des Kreisgerichts Z. vom DD.MM.2022 aufzuheben und durch das Berufungsgericht eine neue Entscheidung zu fällen.



St.Galler Gerichte

4. Eventualiter seien die Berufungsklägerin und die Kinder, D. und E., vom Berufungsgericht persönlich im Rahmen einer anzusetzenden Verhandlung zu befragen.

5. Eventualiter seien die Eheschutzmassnahmen des Entscheides des Kreisgerichts Z. vom DD.MM.2022 aufzuheben und es seien die nachfolgenden Eheschutzmassnahmen zu ergreifen:
 - a) Es sei der Berufungsklägerin zu bewilligen, den gemeinsamen Haushalt aufzuheben und vom Berufungsbeklagten getrennt zu leben.

 - b) Die eheliche Wohnung in Y. inklusive Mobiliar und Hausrat sei der Berufungsklägerin zur alleinigen Benützung zuzuweisen. Der Berufungsbeklagte sei innerhalb einer angemessenen Frist zu verpflichten, die eheliche Wohnung unter Mitnahme seiner persönlichen Effekten und gleichzeitiger Abgabe der Haus- sowie Briefkastenschlüssel zu verlassen. Es seien die notwendigen Vollstreckungsmassnahmen anzuordnen.

 - c) Die Obhut über die Kinder E. und D. sei der Berufungsklägerin zuzuteilen. Der Wohnsitz der Kinder sei bei der Berufungsklägerin festzulegen.

 - d) Zwischen dem Berufungsbeklagten und den Kindern, E. und D., sei ein angemessenes Besuchsrecht festzulegen.

 - e) Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, an die Berufungsklägerin für den Barunterhalt der Kinder monatlich im Voraus je auf den Ersten des Monats einen Barunterhalt von mindestens je Fr. 875.- zu bezahlen, mit Wirkung ab Auszug des Berufungsbeklagten.

6. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Entscheides des Kreisgerichts Z. vom DD.MM.2022 seien dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Mehrwertsteuer zulasten des Berufungsbeklagten.



Überdies beantragte B. einen Prozesskostenvorschuss, eventuell die Einräumung des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege. A. beantragte ebenfalls die Einräumung des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege. Mit Berufungsantwort stellte er folgende Anträge:

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei die Berufung teilweise gutzuheissen und Ziffer 7 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und durch folgende Anordnung zu ersetzen: B. sei zu verpflichten, A. für den Barunterhalt von D. und E. einen monatlichen und voranzahlbaren Betrag von je CHF 267.00 zu bezahlen, mit Wirkung ab dem Auszug von B. aus der ehelichen Wohnung resp. ab dem DD.MM.2022.
3. Auf den «prozessualen» Antrag, es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin einen Prozesskostenbeitrag von CHF 3'000.00 zzgl. MwSt. zu bezahlen, sei nicht einzutreten, eventualiter sei er abzuweisen.
4. Unter vollständiger Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MwSt. und Spesenentschädigung zu Lasten der Berufungsklägerin.

Er wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen.

II.



1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Die Berufung ging rechtzeitig, schriftlich begründet und mit konkreten Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz ein. B. ist durch das vorinstanzliche Urteil beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert; für das Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Entscheid ist der angerufene Einzelrichter im Familienrecht des Kantonsgerichts zuständig. Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist auf die Berufung einzutreten.

2. Bei der Beurteilung der Kinderbelange sind die Offizial- und die strenge Untersuchungsmaxime anwendbar (Art. 296 ZPO). Das Gericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und es entscheidet ohne Bindung an die Parteianträge (Art. 277 Abs. 3 ZPO; z. B. Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 4. Aufl., Vorbem. zu Art. 295-304 N 4 f.). Indes sind die Parteien bei der Feststellung des Sachverhalts zur Mitwirkung verpflichtet und zur loyalen Prozessführung angehalten. Für die übrigen Trennungsfolgen ist die einfache Untersuchungsmaxime anwendbar (Art. 272 ZPO).

3. Erforscht aber das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen, muss das Gericht bei seinem Entscheid Noven auch dann berücksichtigen, wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Deshalb sind die während des Berufungsverfahrens von den Parteien und insbesondere von neu vorgebrachten oder durch das Gericht erhobenen Tatsachen uneingeschränkt zu berücksichtigen.

III.



1. B. beantragt im Hauptpunkt die Aufhebung bzw. Feststellung der Nichtigkeit des vorinstanzlichen Entscheids und folglich die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuem Entscheid. Sie begründet dies damit, dass sie nicht ordentlich für die Hauptverhandlung vom DD.MM.2022 vorgeladen worden sei. Sie habe gar nie eine Vorladung erhalten. Sie lebe in zerstrittenen Verhältnissen mit ihrem Ehemann unter einem Dach. Es sei nicht auszuschliessen, dass A. sowohl die Abholungseinladung als auch die nochmalige Zustellung der Vorladung per A-Post behündigt und habe verschwinden lassen. Sie habe am DD.MM.2022, d.h. am Verhandlungstag, über ihre volljährige Tochter C. erfahren, dass am gleichen Tag eine Verhandlung stattfinden sollte. C. habe ihr gleichzeitig aber gesagt, dass auch A. nicht zur Verhandlung gehen und das Verfahren zurückziehen werde, weshalb sie sich nicht darum kümmern müsse.

2. A. erklärt dazu, die Vorbringen von B. seien wahrheitswidrig. Die Ehegatten seien am DD.MM.2022 zur mündlichen Verhandlung vorgeladen worden. Die an B. adressierte Vorladung sei mit dem Vermerk "nicht abgeholt" von der Post retourniert worden. Am DD.MM.2022 habe das Kreisgericht die Vorladung per A-Post zugestellt. Damit sei die Vorladung richtig zugestellt worden. Er habe B. überdies darüber orientiert, dass er an das Eheschutzgericht gelangt sei. Er habe seine Ehefrau zudem an die Verhandlung vom 11. August 2022 erinnert, bevor er sich am DD.MM.2022 für die Sommerferien verabschiedet habe. Als er dann am DD.MM.2022 spät mit den Kindern aus den Ferien zurückgekehrt sei, habe er den Verhandlungstermin nochmals erwähnt.

3.a) Eine Durchsicht der Vorakten ergibt, dass das Schreiben vom DD.MM.2022, das auch die Vorladung für die Hauptverhandlung enthielt, das erste Schreiben des Gerichts an B. war. Ob diese bereits vorher Kenntnis vom durch ihren Ehemann eingeleiteten Eheschutzverfahren hatte, lässt sich nicht mit Sicherheit sagen. Zwar ist den vorinstanzlichen Akten zu entnehmen, dass B. eventuell Kenntnis vom Gerichtsverfahren hätte haben können. Aufgrund eines Vorfalls häuslicher Gewalt rapportierte die Kantonspolizei St. Gallen an die KESB Z. Mit Schreiben vom DD.MM.



2022 teilte die KESB beiden Ehegatten mit, dass sie wegen des beim Kreisgericht Z. hängigen Eheschutzverfahrens das bei ihr hängige Verfahren abschreiben werde. Einzuräumen ist aber, dass dieses Schreiben mit A-Post zugestellt wurde und eine tatsächliche Kenntnisnahme nicht gewiss ist, weshalb sich nichts Sicheres daraus ableiten lässt.

b) Der am DD.MM.2022 frankierte, an B. adressierte Briefumschlag wurde von der Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an das Kreisgericht Z. zurückgeschickt. Am DD.MM.2022 wurde der Inhalt des Briefes, darunter die Vorladung für die Hauptverhandlung vom DD.MM.2022, mit einem Hinweis auf die Zustellfiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO per A-Post an B. nochmals zugestellt.

c) Gemäss dem Protokoll der Hauptverhandlung vom DD.MM.2022 erschien B. unbestrittenermassen nicht. Auf Frage der vorinstanzlichen Familienrichterin an A. nach dem Verbleiben von B. antwortete der Ehemann gemäss Protokoll, er sei eben erst aus den Ferien zurückgekommen. Er habe seiner Ehefrau am Vortrag gesagt, dass heute Verhandlung sei. Sie habe dazu nichts gesagt. Als die Vorladung gekommen sei, habe er seine Ehefrau gefragt, ob sie sich ebenfalls einen Anwalt nehme. Sie habe dann gemeint, sie sei ihr eigener Anwalt. Sie wisse, dass heute Verhandlung sei.

4. Gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO erfolgt die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung. Sie gilt dann als erfolgt, wenn die Sendung von der Adressatin oder vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde. Vorbehalten bleiben Anweisungen des Gerichts, eine Urkunde dem Adressaten oder der Adressatin persönlich zuzustellen (Art. 138 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 138 Abs. 3 ZPO gilt eine Zustellung mit eingeschriebener Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die



Person mit einer Zustellung rechnen musste. Dies ist ein Ausfluss aus der prozessualen Pflicht des Verhaltens nach Treu und Glauben und wird aus dem Prozessrechtsverhältnis abgeleitet. Konsequenterweise trifft diese Pflicht die Personen erst dann, wenn diese Kenntnis vom Verfahren erhalten haben (BGE 130 III 396 E. 1.2.3).

Die vorinstanzliche Richterin erklärt in ihrem Entscheid nicht, warum sie B. als richtig vorgeladen erachtete und weshalb sie sich legitimiert sah, trotz Säumnis das Verfahren fortzusetzen. Warum sie die Voraussetzung der Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO als gegeben betrachtete, begründet sie ebenfalls nicht.

Indessen erscheint es vielmehr so, dass die Voraussetzung der Zustellfiktion, nämlich die sichere Kenntnis der gesuchsgegnerischen Partei vom Gerichtsverfahren, nicht gegeben war. Am DD.MM.2022 sandte die vorinstanzliche Richterin zu ersten Mal einen Brief an B.. Sendet die Post einen derartigen Brief mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an das Gericht zurück, kann das Gericht nicht sicher sein, dass die Zustellfiktion mit Sicherheit gilt. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass insbesondere im Hinblick auf familienrechtliche Streitigkeiten in Art. 138 Abs. 2 ZPO, wie es im Vernehmlassungsverfahren angeregt wurde, ein Vorbehalt für persönlich zuzustellende Urkunden gemacht wurde (z.B. Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, 3. Aufl., Art. 138 N 2). Die gerichtliche Anordnung der eigenhändigen Übergabe kann insbesondere bei familienrechtlichen Streitigkeiten geboten sein (BK ZPO-Frei, 2012, Art. 138 N 16 mit Verweis auf Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7221, 7307). Von der Möglichkeit der eigenhändigen Zustellung hätte die vorinstanzliche Richterin unter diesen Umständen unbedingt Gebrauch machen müssen. Mit der Zusatzleistung «Eigenhändig» stellt die Post sicher, dass eine eingeschriebene Sendung persönlich der Empfängerin bzw. dem Empfänger übergeben wird (<https://www.post.ch/de/briefe-versenden/zusatzleistungen-briefe/eigenhaendig>; zuletzt besucht am 14. Oktober 2022). Hat die vorinstanzliche Richterin von der gesetzlichen



Möglichkeit ohne Grund keinen Gebrauch gemacht, hat sie Art. 138 ZPO unrichtig angewendet.

Unter diesen Umständen hätte die vorinstanzliche Familienrichterin B. nicht als richtig vorgeladen bzw. als säumig betrachten dürfen. Die Antworten ihres Ehemanns an der Hauptverhandlung schaffen keine Sicherheit. Darauf hätte sich die Familienrichterin nicht abstützen dürfen. Dies hat zur Folge, dass die Hauptverhandlung nicht (richtig) durchgeführt worden ist.

5. Die Ehegatten sind Eltern von zwei Kindern. Sie haben das Alter von elf und von sechs Jahren. Gemäss Art. 298 Abs. 1 ZPO hört das Gericht ein Kind in geeigneter Weise persönlich an, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen. Die vorinstanzliche Richterin hat die Kinder nicht angehört. Vielmehr verweist sie auf die Anhörung der Kinder durch die KESB. Warum sie die Kinder nicht selber angehört hat, erklärt sie nicht. Vorliegend hätte die Familienrichterin indessen die Kinder unbedingt selber anhören müssen. Im KESB-Verfahren war der Verfahrensgegenstand ein anderer. Überdies galt es einen äusserst folgenschweren Entscheid zu fällen, nämlich die Zuteilung der Obhut für die Kinder bzw. deren Betreuung und damit verbunden die Aufforderung an einen Elternteil, die bisherige Wohnung zu verlassen. Bei diesem Entscheid sich einzig auf die Ausführungen des Vaters abzustützen, der in einem sehr eskalierten Streit (häusliche Gewalt) mit der Mutter lebt, erscheint nicht als ausreichend.

6. Das vorinstanzliche Verfahren war nicht spruchreif. Es fehlten die (korrekte) Durchführung der Hauptverhandlung und die Kinderanhörungen. Unter diesen Umständen ist der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines vollständigen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzugeben.



IV.

1. Mit der Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids wird auch der Kostenspruch aufgehoben. Die Vorinstanz wird die Kosten bei Abschluss des Verfahrens gesamthaft neu festsetzen.

2. Das Prozessergebnis des Berufungsverfahrens bedeutet, dass B. mit ihrem Hauptantrag durchdringt. A. hat die Abweisung der Berufung beantragt, weshalb er mit seinem Hauptantrag unterliegt und gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO die Kosten zu tragen hat.

3. Die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind offensichtlich gegeben.

4. Die Entscheidgebühr für dieses Verfahren wird dem eher geringen Aufwand entsprechend auf Fr. 900.00 (Art. 10 Abs. 1 Ziff. 211 GKV) festgesetzt.

5. Gemäss Art. 10 Abs. 1 HonO wird die Entschädigung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung als Pauschale bemessen. Diese beträgt für das Berufungsverfahren in einer Eheschutzsache Fr. 500.00 bis Fr. 3'750.00. Angesichts des überschaubaren Prozessthemas, das sich für den Rechtsvertreter von B. etwas umfangreicher gestaltete, sind die Entschädigungen im mittleren bis unteren Bereich des Pauschalrahmens festzusetzen, für Rechtsanwalt F. auf Fr. 2'000.00 und für Rechtsanwältin H. auf Fr. 1'600.00. Dazu kommen die Barauslagenpauschale von 4 %



St.Galler Gerichte

und die Mehrwertsteuer von 7.7 %. Gemäss Art. 32 AnwG sind die Entschädigungen an unentgeltliche Rechtsvertreter um 20 % zu kürzen. Im Entscheiddispositiv wird von der Annahme ausgegangen, dass die Parteientschädigung voraussichtlich nicht einbringlich ist und Rechtsanwalt F. die Entschädigung (im reduzierten Umfang) direkt beim Staat einfordern kann (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Die Parteien werden darauf aufmerksam gemacht, dass der Staat die vorgeschossenen Prozesskosten zurückfordern kann, wenn sich ihre finanziellen Verhältnisse verbessert haben und sie dazu in der Lage sind (Art. 123 Abs. 1 ZPO). Die unentgeltlichen Rechtsvertreter werden darauf aufmerksam gemacht, dass sie von ihren Mandanten kein zusätzliches Honorar fordern dürfen (Art. 11bis HonO).

Entscheid

1. Der Entscheid der Familienrichterin des Kreisgerichts Z. vom DD.MM.2022 wird aufgehoben. Die Sache wird der Familienrichterin zur vollständigen Durchführung des Verfahrens und zu neuem Entscheid zurückgegeben.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 900.00 trägt A. bzw. zufolge des ihm gewährten Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege vorläufig der Staat.
3. a) A. hat B. mit Fr. 2'240.00 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.



b) Zuzolge Uneinbringlichkeit des Honorars wird der unentgeltliche Rechtsvertreter von B., Rechtsanwalt Q., vom Staat mit Fr. 1'810.00 entschädigt. Im Umfang dieser Entschädigung geht die Forderung auf Parteientschädigung (Ziffer 3a dieses Entscheides) auf den Staat über.

Für die Differenz von Fr. 430.00 bis zum vollen Honorar hat sich Rechtsanwalt Q. an A. zu halten.

4. Der Staat entschädigt die Rechtsvertreterin von A., Rechtsanwältin X., zuzolge unentgeltlicher Rechtsverteistandung mit Fr. 1'448.00.