

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC130042-O/U.doc

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

Beschluss vom 3. Dezember 2013

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 17. September 2013 (FP120197-L)**

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 31. März 2010 wurde der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) verpflichtet, der Beklagten an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der drei gemeinsamen Kinder C._____, geboren am tt.mm.1999, D._____, geboren am tt.mm.2002, und E._____, geboren am tt.mm.2003, monatliche Mindestbeiträge von Fr. 625.– pro Kind zuzüglich gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats (FE090979, Urk. 4/38).

1.2 Am 30. Oktober 2012 ging bei der Vorinstanz die Klage des Klägers auf Abänderung des Scheidungsurteils vom 31. März 2010 ein, mit welcher er sinngemäss die Sistierung der Kinderunterhaltsbeiträge ab Januar 2013 beantragte (Urk. 1). Nach Durchführung des Hauptverfahrens entschied die Vorinstanz am 17. September 2013 wie folgt (Urk. 44 S. 18 ff.):

"Es wird verfügt:

- "1. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Klage auf Aufhebung bzw. Aussetzung der Pflicht zur Bezahlung der Kinderunterhaltsbeiträge gemäss Scheidungsurteil vom 31. März 2010 wird abgewiesen.
2. Das mit Verfügung vom 6. Dezember 2012 vorsorglich sichergestellte Pensionskassenguthaben des Klägers bei der Pensionskasse F.____ Schweiz, ... [Adresse], wird zugunsten des Unterhaltsanspruches der drei Kinder der Parteien gemäss Scheidungsurteil vom 31. März 2010 definitiv sichergestellt.
3. Die Pensionskasse F.____ Schweiz, ... [Adresse], wird angewiesen, das gesamte zur Auszahlung fällige und nicht mit Arrest belegte Pensionskassenguthaben des Klägers (AHV-Nr. ...) nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf das Konto des Jugendsekretariats der Bezirke Dielsdorf und Bülach, ... [Adresse], Postkontonr.: ..., IBAN ... mit Vermerk: Nr. ..., ..., zu überweisen.

Die Nichtbeachtung dieser Anordnung bewirkt die doppelte Zahlungspflicht der betroffenen Pensionskasse.

Die Pensionskasse F. _____ Schweiz wird aufgefordert, dem Jugendsekretariat und beiden Parteien eine entsprechende Abrechnung zukommen zu lassen.

4. Die Pensionskasse F. _____ Schweiz, ... [Adresse], wird angewiesen, das zur Zeit mit Arrest belegte Guthaben des Klägers ebenfalls dem Jugendsekretariat der Bezirke Dielsdorf und Bülach auf das unter vorstehend Dispositiv-Ziffer 3 genannte Konto zu überweisen, sollte der Arrest aufgehoben und das Guthaben zugunsten des Klägers frei werden.

Die Pensionskasse F. _____ Schweiz wird aufgefordert, dem Jugendsekretariat und beiden Parteien in diesem Fall eine entsprechende Abrechnung zukommen zu lassen.

5. Das Jugendsekretariat der Bezirke Dielsdorf und Bülach wird ermächtigt, sich vorab aus dem durch die Pensionskasse F. _____ Schweiz überwiesenen Guthaben für die bisher bevorschussten Unterhaltsbeiträge zugunsten der Kinder der Parteien, namentlich C. _____, geboren tt.mm.1999, D. _____, geboren tt.mm.2002, und E. _____, geboren tt.mm.2003, zu befriedigen.
6. Das Jugendsekretariat der Bezirke Dielsdorf und Bülach wird angewiesen, vom restlichen für die Kinderunterhaltsbeiträge gemäss Scheidungsurteil vom 31. März 2010 sichergestellten Pensionskassenguthaben des Klägers der Beklagten die Kinderunterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 625.-- pro Monat und Kind (d.h. insgesamt Fr. 1'875.-- pro Monat) zu überweisen; zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
7. Das Jugendsekretariat der Bezirke Dielsdorf und Bülach wird angewiesen, den Parteien halbjährlich (jeweils per Ende Dezember und per Ende Juni) eine Abrechnung über das noch verbleibende sichergestellte Guthaben zuzustellen.
8. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf:
Fr. 4'600.00 die weiteren Gerichtskosten betragen
Fr. 412.50 Dolmetscher
9. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
10. (Schriftliche Mitteilung).
11. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage)."

1.3 Dieses Urteil wurde dem Kläger an die von ihm der Vorinstanz am 9. Juli 2013 telefonisch mitgeteilte Adresse "... Zürich" gesandt, wurde indes nicht abgeholt (Urk. 43, Urk. 45).

1.4 Nachdem der Kläger Verfügung und Urteil der Vorinstanz vom 17. September 2013 am 12. November 2013 persönlich abgeholt hatte (Urk. 47), erhob er gleichentags gegen das vorinstanzliche Urteil vom 17. September 2013 Berufung (Datum Poststempel: 12. November 2013, Urk. 49).

2.1 Damit auf eine Berufung eingetreten werden kann, muss diese innert Frist erhoben worden sein (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Da der Kläger geltend macht, dass er das Urteil der Vorinstanz vom 17. September 2013 erst am 12. November 2013 abgeholt habe, weil der Postmann die Abholungseinladung in die Mitte einer alten Zeitung gelegt habe (Urk. 49), und die Abholungseinladung den 4. Oktober 2013 als Datum des Zustellversuchs und den 11. Oktober 2013 als Abholfristende nennt (Urk. 51/3), stellt sich die Frage der Rechtzeitigkeit der Berufung.

2.2 Die Zustellung der Verfügung und des Urteils der Vorinstanz vom 17. September 2013 an die Adresse "... Zürich" beanstandet der Kläger zu Recht nicht. So reichte er seine Abänderungsklage unter der Adresse "... Zürich" ein (Urk. 1). Im Laufe des Verfahrens teilte er zwar mit, dass er nach Nigeria ziehe und seine Zustelladresse "c/o Mr. G._____, ... [Adresse], H._____" laute (Urk. 12). Indes informierte der Kläger die Vorinstanz am 9. Juli 2013 telefonisch darüber, dass er nun wieder in Zürich wohne und seine Post nicht mehr nach H._____, sondern an seine Adresse in Zürich, nämlich an den "... Zürich" geschickt werden solle (Urk. 43). Entsprechend dieser Mitteilung und nach Überprüfung der Adresse beim Einwohnermeldeamt (Urk. 43) erfolgte die Zustellung denn auch richtigerweise an diese Adresse (Urk. 45).

2.3.1 Des Weiteren bestreitet der Kläger zu Recht nicht, dass er die Abholungseinladung der Post erhalten hat, nachdem er diese im Berufungsverfahren in Kopie einreicht (Urk. 51/3). Indes wendet der Kläger dagegen ein, diese nicht rechtzeitig erhalten zu haben, da der Postangestellte sie nicht ordnungsgemäss in den Briefkasten, sondern in eine alte Zeitung gelegt haben soll (Urk. 49). Diesem

Einwand ist folgendes entgegenzuhalten: Zwar obliegt es dem Gericht nachzuweisen, dass ein Urteil einer Partei zugestellt werden konnte. Indes gilt entgegen dieser allgemeinen Beweislastverteilung bei eingeschriebenen Sendungen eine widerlegbare Vermutung, dass der oder die Postangestellte den Avis ordnungsgemäss in den Briefkasten des Empfängers gelegt hat und das Zustellungsdatum korrekt registriert wurde. Es findet also in diesem Fall hinsichtlich der Ausstellung der Abholungseinladung insofern eine Umkehr der Beweislast in dem Sinne statt, als im Fall der Beweislosigkeit zuungunsten des Empfängers zu entscheiden ist, der den Erhalt der Abholungseinladung bestreitet (BGer 2C_780/2010 vom 21. März 2011, Erw. 2.4, mit Verweis auf BGer 2C_38/2009 vom 5. Juni 2009, Erw. 3.2). Diese Vermutung gilt so lange, als der Empfänger nicht den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung erbringt (BGer 2C_780/2010 vom 21. März 2011, Erw. 2.4).

2.3.2 Vorliegend kann dem "Track & Trace"-Auszug (betr. Sendungsnummer ..., Urk. 45 S. 2) entnommen werden, dass die Sendung mit der Verfügung und dem Urteil vom 17. September 2013 am 3. Oktober 2013 der Schweizerischen Post übergeben worden ist. Unter dem 4. Oktober 2013 findet sich der Vermerk "zur Abholung gemeldet" (Urk. 45 S. 2). Ebenso ist auf der vom Kläger in Kopie eingereichten Abholungseinladung als Datum des Zustellversuchs der 4. Oktober 2013 vermerkt (Urk. 51/3). Entsprechend ist nach der vorangehend zitierten Rechtsprechung, welche auch für das seit dem 1. Januar 2011 geltende Schweizerische Zivilprozessrecht Gültigkeit beansprucht (BGE 138 III 225, E. 3.1), davon auszugehen, dass der Kläger die Abholungseinladung tatsächlich am 4. Oktober 2013 erhalten hat, zumal er nichts vorbringt, woraus mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf Fehler bei der Zustellung geschlossen werden kann. Da der Kläger nicht bestreitet, die Abholungseinladung erhalten zu haben, und für das Verstecken derselben durch den Postbeamten keinerlei Beweise vorbringt, ist von einer ordnungsgemässen Zustellung auszugehen.

2.3.3 Damit aber greift die Zustellungsfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, wonach die Postendung als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als zugestellt gilt, wenn die eingeschriebene Postsendung – wie vorlie-

gend (Urk. 45) – nicht abgeholt wird und der Adressat mit einer solchen rechnen musste. Letzteres ist bei einem hängigen Verfahren, also während des bestehenden Prozessrechtsverhältnisses in der Regel anzunehmen (A. Staehelin in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 138 N 8 f.). Der Kläger musste nach Durchführung der Hauptverhandlung mit der Zustellung des Endentscheides durch die erste Instanz rechnen (vgl. Prot. I S. 20). Wie erwähnt, erfolgte der Zustellversuch am 4. Oktober 2013, so dass die Sendung als am 11. Oktober 2013 zugestellt gilt. Entsprechend aber endete die 30-tägige Frist zum Erheben der Berufung am 11. November 2013 (Art. 142 Abs. 1 ZPO).

2.4 Damit eine Eingabe rechtzeitig erfolgt, muss sie spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden sein (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Nachdem der Kläger seine Berufung am 12. November 2013 der Schweizerischen Post zu Händen des Gerichts übergeben hat, ist er damit verspätet. Auf die Berufung ist dementsprechend infolge Verspätung nicht einzutreten, zumal der Kläger keinen Antrag auf Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist stellt und seiner Eingabe vom 12. November 2013 auch keinerlei Gründe für eine Wiederherstellung entnommen werden können.

3.1 Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3.2 Der Beklagten ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung des Klägers wird nicht eingetreten.

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Kläger auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage einer Kopie von Urk. 49, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

Die Vorinstanz wird darauf hingewiesen, dass ihr die Mitteilungen an das Jugendsekretariat der Bezirke Dielsdorf und Bülach, ... [Adresse], und an die Pensionskasse F._____ Schweiz, ... [Adresse], je im Dispositiv des erstinstanzlichen Urteils obliegen.

6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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 beträgt Fr. 45'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 3. Dezember 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
dz