

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC160043-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher.

Urteil vom 5. Dezember 2016

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Ehescheidung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes in Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichtes Hinwil vom 27. November 2015; Proz. FE150156

Erwägungen:

1. - 1.1 A._____ und B._____ heirateten im Sommer 1987 in Italien. Aus ihrer Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, die mittlerweile volljährig sind (vgl. act. 5/1). Im Frühling 2013 trennten sich die Parteien auf unbestimmte Dauer. Zur Regelung der Trennungsfolgen schlossen sie eine Vereinbarung, die das Eheschutzgericht mit Urteil vom 5. April 2013 vormerkte und genehmigte (vgl. act. 5/6/10). A._____ verlegte in der Folge ihren Wohnsitz nach ... in Italien. Im August 2015 gelangte sie an das Bezirksgericht Hinwil, Einzelgericht in Zivil- und Strafsachen, mit dem Antrag, es sei die Ehe der Parteien zu scheiden (vgl. act. 5/1).

1.2 Nach dem Eingang der Klage zog das Einzelgericht die eheschutzgerichtlichen Akten bei und forderte A._____ (fortan: die Klägerin) mit Verfügung vom 10. September 2015 auf, innert 10 Tagen einen Zustellungsempfänger in der Schweiz zu bezeichnen, ansonsten Zustellungen des Gerichts an sie durch Publikation im kantonalen Amtsblatt bzw. im Handelsamtsblatt erfolgen würden. Dasselbe gelte, wenn sich eine Zustellung an den von der Klägerin bezeichneten Zustellungsempfänger als unmöglich erweisen werde (vgl. act. 5/7). Die Klägerin nahm die ihr auf dem Weg der Rechtshilfe zugestellte Verfügung am 24. September 2015 in Empfang; das Einzelgericht erhielt am 5. Oktober 2015 davon Kenntnis (vgl. act. 5/10).

Am 6. Oktober 2015 lud das Einzelgericht die Parteien zur Einigungsverhandlung auf den 27. November 2015 ein. Die Vorladung enthielt u.a. den Hinweis, bei Säumnis beider Parteien werde das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen (vgl. act. 5/10). Am 27. November 2015 erschienen beide Parteien nicht zur Verhandlung. Das Einzelgericht schrieb daraufhin das Verfahren mit Verfügung vom gleichen Tag als gegenstandslos ab (vgl. act. 4 [= act. 5/13 = act. 3/2]).

1.3 Die Verfügung vom 27. November 2015 wurde den Parteien per Post zugestellt, dem Beklagten an seine Wohnadresse in der Schweiz, der Klägerin an ihre Wohnadresse in Italien. Der Beklagte nahm die Verfügung am 3. Dezember 2015 in Empfang; die Zustellung an die Klägerin erfolgte am 22. Juli 2016 (vgl.

act. 5/14; AR Rückschein), wovon das Einzelgericht am 29. August 2016 Kenntnis erlangte (vgl. a.a.O.).

2. - 2.1 Mit Schriftsatz vom 2. September 2016 liess die Klägerin durch lic. iur. C. _____ in ihrem Namen Berufung gegen die Verfügung vom 27. November 2015 erheben und ersuchte dabei auch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. act. 2 f.). Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen. Nachdem sich die Berufung als rechtzeitig erwiesen hatte, wurde mit Beschlüssen vom 19. September 2016 lic. iur. C. _____ als Vertreter der Klägerin im Berufungsverfahren nicht zugelassen und der Klägerin Frist angesetzt, um die Berufung des nicht zugelassenen Vertreters allenfalls zu genehmigen sowie ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen; es erfolgten zudem die Hinweise auf die gesetzlich vorgesehenen Säumnisfolgen (vgl. Art. 132 und Art. 140 f. ZPO). Im Weiteren erfolgte eine Aufklärung über die Prozesskosten sowie die Möglichkeiten unentgeltlicher Rechtspflege (vgl. act. 7). Die Beschlüsse vom 19. September 2016 wurden der Klägerin auf dem Rechtshilfeweg zugestellt (vgl. act. 9 und 20). Auf die Erhebung eines Kostenvorschusses i.S.v. Art. 98 ZPO wurde verzichtet.

Der Beschluss, mit dem lic. iur. C. _____ zur Vertretung der Klägerin nicht zugelassen wurde, wurde einlässlich begründet (vgl. act. 8). Unter z.T. wörtlicher Wiedergabe von BGE 140 III 555, dort E. 2.3, wurde darauf hingewiesen, dass lic. iur. C. _____ in keiner näheren Beziehung zur Klägerin steht, die ihn als Person ihres Vertrauens erscheinen liesse, und dass es für die Auslegung des Begriffs der berufsmässigen Vertretung i.S. des Art. 68 Abs. 2 ZPO nicht darauf ankommen kann, ob die Vertretung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt. Massgeblich sei – mit Blick auf das Schutzbedürfnis des Publikums – die Bereitschaft, in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen tätig zu werden. Da sei u.a. dann der Fall, wenn sich eine Person im Publikum als Fachperson in Rechtssachen wie ein Anwalt anpreise, und gestützt darauf auch Vertretungen übernehme. Bei lic. iur. C. _____ sei das der Fall. Der Beschluss, der auch lic. iur. C. _____ zugestellt wurde, blieb in der Folge unangefochten.

2.2 Die Klägerin genehmigte in der Folge die Berufung des nicht zugelassenen Vertreters und benannte ein Zustelldomizil in der Schweiz (vgl. act. 11 f. und act. 14 f.). Davon wurde mit Beschluss vom 25. Oktober 2016 Vormerk genommen (vgl. act. 18). Im selben Beschluss wurde das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren mit Bezug auf die Befreiung von Kostenvorschüssen abgeschrieben. Im Übrigen wurde das Gesuch abgewiesen, weil von der Klägerin eine Mittellosigkeit i.S. des Art. 117 ZPO nicht dargetan worden war. Schliesslich wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (vgl. a.a.O.).

Der Beklagte reichte innert der ihm angesetzten Frist keine Berufungsantwort ein. Die Sache ist damit spruchreif geworden.

3. - 3.1 Die Berufung i.S. der Art. 308 ff. ZPO ist ein vollkommenes Rechtsmittel. Sie ist zulässig gegen erstinstanzliche Endentscheide wie die Verfügung vom 27. November 2015. Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO), weshalb die Berufung führende Partei eine entsprechende Begründungslast trifft (vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Geltend gemacht werden können von der Berufung führenden Partei unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz und es überprüft die Berufungsinstanz im Berufungsverfahren aufgrund der entsprechenden Beanstandungen den angefochtenen Entscheid sowie das vorinstanzliche Verfahren, das zu diesem Entscheid geführt hat.

Wie bei jedem Rechtsmittel ist mit der Berufung sodann ein Antrag zu stellen, wie das Berufungsgericht zu verfahren habe. Bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien sind weder an die Begründung noch an den Antrag allzu hohe Anforderungen zu stellen. Dem Antragserfordernis genügt, wenn sich aus der Begründung mit gutem Willen herauslesen lässt, wie das Berufungsgericht nach Auffassung der Berufung führenden Partei zu entscheiden hat. Sind diese Anforderungen nicht erfüllt, ist auf die Berufung nicht einzutreten.

3.2 Mit ihrer Berufung (act. 2) macht die Klägerin im Wesentlichen geltend, ihre Tochter habe anscheinend kurz vor der Verhandlung das Gericht angerufen und

dabei wahrheitswidrig erklärt, die Parteien wollten sich in Italien scheiden lassen. Sie selbst habe zudem gar keine Kenntnis von der Verhandlung gehabt und sei deshalb nicht erschienen. Das Einzelgericht sei insoweit von falschen tatsächlichen Annahmen ausgegangen. Sinngemäss will die nicht anwaltlich vertretene Klägerin von der Kammer somit die Feststellung, sie sei an der Verhandlung vom 27. November 2015 nicht säumig gewesen. Ihr weiterer Antrag, es sei die Verfügung vom 27. November 2016 daher aufzuheben und es sei die Sache zur korrekten Durchführung des weiteren Verfahrens an das Einzelgericht zurückzuweisen, ist sachlich konsequent und verdeutlicht ihren Standpunkt. Auf die Berufung kann daher eingetreten werden.

3.3 Das Einzelgericht begründete seinen Entscheid vom 27. November 2015, mit dem es das Verfahren als gegenstandslos abschrieb, im Wesentlichen wie folgt (vgl. act. 4 [= act. 5/13 = act. 3/2], S. 2):

"Mit Eingabe vom 19. August 2015 machte die Klägerin die vorliegende Scheidungsklage beim hiesigen Gericht anhängig (act. 1). Da die Klägerin ihren Wohnsitz in Italien hat, wurde ihr mit Verfügung vom 10. September 2015 Frist angesetzt, um in der Schweiz einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen (act. 7; Prot. S. 3). Die Verfügung wurde der Klägerin rechtshilfweise zugestellt und von dieser am 24. September 2015 entgegen genommen (act. 8). Die Verhandlung wurde in der Folge auf heute, 08.15 Uhr, angesetzt. Kurz davor telefonierte die Tochter der Klägerin und liess verlauten, ihre Eltern hätten entschieden, sich in Italien scheiden zu lassen. es werde deshalb niemand zur angesetzten Verhandlung erscheinen (Prot. S. 4).

Zur heutigen Verhandlung ist ankündigungsgemäss keine der Parteien erschienen (Prot. S. 6). Androhungsgemäss ist das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben (vgl. Art. 234 Abs. 2 ZPO bzw. act. 11)".

3.3.1 Das Einzelgericht hat das Nichterscheinen der Parteien am 27. November 2015, das Anlass gab, das Verfahren abzuschreiben, als "ankündigungsgemäss" bezeichnet. Das Einzelgericht bezog sich damit auf ein Telefonat, das die Tochter der Parteien zwei Tage vor der Verhandlung mit der Gerichtskanzlei gemäss Seite 4 des vorinstanzlichen Protokolls geführt haben soll. Dieses Telefonat nahm

das Einzelgericht am 26. November 2015 übrigens zum Anlass, der Übersetzerin, die für die Verhandlung vom 27. November 2015 bestellt worden war, mitzuteilen, die Verhandlung werde nicht stattfinden, weshalb sie "nicht kommen müsse" (vgl. Vi-Prot. S. 5).

Der Verkehr zwischen den Parteien und deren Vertretern mit dem Gericht erfolgt ausserhalb der Verhandlungen über Eingaben. Eingaben sind in Papierform oder elektronisch einzureichen (vgl. Art. 130 f. ZPO). Mängel, wie fehlende Vollmacht, sind sodann innert gerichtlicher Nachfrist zu verbessern, ansonsten die Eingaben als nicht erfolgt gelten (vgl. Art. 132 Abs. 1 ZPO). Nicht vorgesehen ist im Gesetz neben Verhandlungen und dem Verkehr über Eingaben ein telefonischer (fernmündlicher) Verkehr zwischen den Parteien bzw. deren (bevollmächtigten) Vertretern und dem Gericht. Telefonanrufe einer Partei bzw. deren Vertreter vermögen daher schriftliche Eingaben nicht zu ersetzen und bleiben grundsätzlich unbeachtlich, ausser es wird ihr Inhalt im Nachgang durch die Partei bzw. deren Vertretung dem Gericht gegenüber mündlich in einer Verhandlung oder eben schriftlich bestätigt. Eine solche schriftliche Bestätigung kann auch darin liegen, dass das Gericht der Partei den Inhalt des Telefonats per Brief oder in einer Verfügung anzeigt und die Partei das in der Folge – es gilt für alle am Prozess Beteiligten ja der Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Art. 52 ZPO) – unwidersprochen lässt.

Eine schriftliche Bestätigung der Parteien über den Inhalt des Telefonates ihrer Tochter mit der Kanzlei des Einzelgerichtes vom 25. November 2015 erfolgte nie. Namentlich die Klägerin hat den Inhalt des Gesprächs der Tochter dem Einzelgericht gegenüber nie schriftlich bestätigt, also weder vor dem 26. November 2015 noch danach. Und ebenso fehlt eine mündliche Bestätigung, die in einer Verhandlung abgegeben wurde. Eine Vollmacht der Tochter, für die Klägerin zu handeln, lag und liegt sodann nicht vor (vgl. act. 5). Die ohnehin schon bedeutungslose telefonische Mitteilung der Tochter erfolgte daher auch noch offensichtlich vollmachtlos und kann der Klägerin deshalb nicht als eigenes Verhalten bzw. als eigene Erklärung zugerechnet werden. Bei diesem Ergebnis kann, das sei immerhin noch angemerkt, offen bleiben, ob die Tochter am 25. November 2015 tatsächlich im Auftrag der Klägerin das Einzelgericht angerufen hatte; ebenso

kann offen gelassen werden, ob das, was die Tochter der Kanzlei des Einzelgerichts gegenüber erklärt haben soll, der Wahrheit entsprach oder nicht; und schliesslich ist auch nicht näher zu erörtern, weshalb die Kanzlei des Einzelgerichts wusste, dass die Anruferin vom 25. November 2015 die Tochter der Parteien war. Aufschluss darüber gibt das Protokoll immerhin nicht (vgl. Vi-Prot. S. 4).

Für das Einzelgericht bestand demnach weder ein Anlass, das Fernbleiben der Klägerin als "ankündigungsgemäss" zu betrachten, noch ein Grund, die Verhandlung vom 27. November 2015 abzusagen – worauf die Mitteilung der Gerichtskanzlei vom 26. November 2015 an die Übersetzerin, sie müsse am 27. November 2015 nicht kommen, aber letztlich hinauslief. Es bestand ebenso kein Grund, am 27. November 2015 die (Einigungs-)Verhandlung gewissermassen als "Pro-forma-Übung" durchzuführen. Immerhin: Die Vorladungen auf den 27. November 2015 waren den Parteien nicht abgenommen worden, und es erschienen die Parteien unbestrittenermassen nicht zur Einigungsverhandlung.

3.3.2 Erscheinen beide Parteien nicht zum anberaumten Termin, so sind sie säumig (vgl. Art. 147 Abs. 1 ZPO) und es treten die im Gesetz vorgesehenen Säumnisfolgen ein (vgl. Art. 147 Abs. 2 ZPO), sofern diese den Parteien mit der Vorladung angezeigt wurden (vgl. Art. 147 Abs. 3 ZPO). Letzteres setzt wiederum voraus, dass die Vorladung den Parteien zuvor korrekt zugestellt worden war (vgl. dazu Art. 133 - 141 ZPO).

Die Klägerin macht geltend, sie habe gar keine Kenntnis vom Verhandlungstermin gehabt und sei deshalb nicht zur Verhandlung erschienen. Ob und wann der Klägerin in welcher Weise die Vorladung zur Verhandlung zugestellt wurde, sowie ob dies im Einklang mit dem stand, was der Klägerin in der Verfügung des Einzelgerichts vom 10. September 2015 korrekt angezeigt worden war, kann dem angefochtenen Entscheid nicht entnommen werden. Der Entscheid schweigt sich vielmehr über die Zustellung der Vorladung zur Verhandlung an die Parteien aus und lässt damit ebenso offen, ob die Voraussetzungen überhaupt erfüllt waren, unter denen die Säumnisfolgen eintreten konnten, die zur Abschreibung des Verfahrens führten. Die Sache ist insoweit in wesentlichen Teilen unbeurteilt i.S. des Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO geblieben. Das führt – unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides – zur Rückweisung der Sache an das Einzelgericht.

3.3.3 Mit der Rückweisung wird das Verfahren grundsätzlich in den Stand versetzt, in dem es sich vor Erlass der aufgehobenen Entscheidung befunden hat. Der Grundsatz gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Hat eine Partei im Berufungsverfahren zulässige Noven vorgebracht, so sind diese bei der erneuten Prüfung ebenso zu berücksichtigen wie allfällige Sachverhaltszugaben (bzw. Anerkennungen von Sachverhalten) einer Partei im Berufungsverfahren. Letzteres versteht sich im Übrigen schon aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben im Prozess (vgl. Art. 52 ZPO). Das Einzelgericht wird daher bei seiner erneuten Prüfung der Sache namentlich allfällige Vorbringen der Klägerin im Berufungsverfahren zu berücksichtigen haben, die Sachverhaltszugaben im Zusammenhang mit der Zustellung der Vorladung zur Verhandlung vom 27. November 2015 enthalten. Zu beachten sein wird dabei, was in Erw. 3.3.1 zu den gesetzlichen Regelungen des Verkehrs zwischen den Parteien und dem Gericht dargelegt wurde.

Bei der erneuten Prüfung der Sache darf das Einzelgericht sodann davon ausgehen, dass die Vorladung zur Verhandlung vom 27. November 2015 der Klägerin dann korrekt zugestellt wurde, wenn die Zustellung entweder an ein Zustelldomizil erfolgte, das die Klägerin dem Einzelgericht in Beachtung der Verfügung vom 10. September 2015 schriftlich bezeichnet hatte, oder durch Publikation im kantonalen Amtsblatt vorgenommen wurde, weil die Klägerin dem Gericht innert Frist schriftlich kein Zustelldomizil bezeichnet hatte. Unmassgeblich wäre hingegen dann, wenn die Zustellung im eben erläuterten Sinn korrekt erfolgt war, ob die Klägerin vom Inhalt der Vorladung auch tatsächlich Kenntnis genommen hat; es genügt die Möglichkeit tatsächlicher Kenntnisnahme, die von Gesetzes wegen sowohl bei der Publikation im Amtsblatt als gegeben unterstellt wie auch bei der Zustellung an das Zustelldomizil (mit der Bezeichnung des Zustelldomizils bzw. eines Zustellungsempfängers übernimmt eine Partei die Risiken für die Entgegennahme und Weiterleitung der korrekt an den Zustellungsempfänger bzw. das -domizil erfolgten gerichtlichen Zusendungen).

Anzumerken ist abschliessend, dass die Klägerin im Berufungsverfahren ein Zustelldomizil bezeichnet hat, das im Rubrum aufgeführt ist. Dieses Zustelldomizil gilt fürderhin, also auch im weiteren Verfahren vor dem Einzelgericht. Gleiches gilt

in Bezug auf zulässige bzw. unzulässige Vertretungen einer Partei gemäss dem in Erw. 2.1 Dargelegten.

4. Die Sache ist an das Einzelgericht zurückzuweisen. Diesem ist deshalb auch die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu überlassen, die nach dem Ausgang des einzelgerichtlichen Verfahrens zu treffen sein wird (vgl. Art. 104 Abs. 4 ZPO). Festzusetzen ist heute lediglich die Entscheidunggebühr für das Berufungsverfahren gestützt auf § 12 Abs. 1-2 GebV OG i.V.m. § 6 Abs. 1 GebV OG, was grundsätzlich zu einem Gebührenrahmen von Fr. 300.- bis Fr. 13'000.- gemäss § 5 Abs. 1 GebV OG führt. Innerhalb dieses Rahmens ist die Gebühr unter Gewichtung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles zu bemessen. Vorliegend verursachte die Sache selbst keinen erheblichen Aufwand und waren die dabei zu behandelnden Fragen einfach. Das tatsächliche Streitinteresse ist hingegen nicht gering (es geht darum, ob die Scheidungsklage durch das Einzelgericht zu beurteilen ist, und dann um Fragen nachehelichen Unterhalts bzw. um eine güterrechtliche Auseinandersetzung, bei der zu beachten ist, dass die Parteien über eine Eigentumswohnung in der Schweiz verfügen; vgl. act. 2 S. 2).

Es wird erkannt:

1. Die Verfügung des Bezirksgerichtes Hinwil, Einzelgericht in Zivil- und Strafsachen, vom 27. November 2015 wird aufgehoben, und es wird die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 1'500.- festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an die Parteien, an die Obergerichtskasse sowie – unter Beilage der Akten sowie einer Kopie von act. 2 – an das Bezirksgericht Hinwil, Einzelgericht in Zivil- und Strafsachen.

5. 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 primär um keine vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am: